

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 45 – Numéro 1-2

Année : 2015

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10145>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10145>

Page vide laissée intentionnellement.

Dossier : Ateliers de droit constitutionnel en l'honneur de Marie Deschamps

PRÉFACE	3
Par David GILLES	
INTRODUCTION	5
Par L'honorable Marie DESCHAMPS	
SUBSIDIARITY, REPUBLICANISM, AND THE DIVISION OF POWERS IN CANADA	13
Par Hoi L. KONG	
SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE ET ARMES À FEU : LE FÉDÉRALISME COOPÉRATIF DANS LA LIGNE DE MIRE?	47
Par Johanne POIRIER	
APPLICATION OF THE CHARTER TO UNIVERSITIES' LIMITATION OF EXPRESSION	133
Par Dwight NEWMAN	
DU NON-DROIT DE L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS	157
Par Maxime ST-HILAIRE	
LA PERTINENCE EN CONTEXTE CANADIEN DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE DU CONSEIL PRIVÉ RELATIVE À L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE	235
Par Han-Ru ZHOU	
Articles	
LE RÔLE DU CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC DANS LE PROCESSUS D'OUVERTURE D'UN RÉGIME DE PROTECTION À UN MAJEUR INAPTE : POINT DE VUE DES GREFFIERS DE LA COUR SUPÉRIEURE	273
Par Richard BARBE Marie Annik GRÉGOIRE	
LA RECONNAISSANCE DU DROIT DE NÉGOCIATION ET DE GRÈVE ÉTUDIANT : FONDEMENT "RÉPUBLICAIN" ET TRADUCTION JURIDIQUE INSPIRÉE DU DROIT DU TRAVAIL	297
Par Guillaume ROUSSEAU Rémi DANYLO	
Note bibliographique	
DROIT ET SURNATUREL	355
Par Édith GUILHERMONT	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : **Préface**

Auteur(s) : David GILLES

Revue : *RDUS*, 2015, volume 45, numéro 1-2

Pages : **3-4**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

Page vide laissée intentionnellement.

PRÉFACE

À partir de février 2013 se sont tenus dans les facultés de droit de l'Université de Montréal et de l'Université McGill des Ateliers de droit constitutionnel, avec la participation de l'honorable Marie Deschamps.

La juge Deschamps, diplômée de l'Université de Montréal et de l'Université McGill, a été nommée à la Cour supérieure du Québec le 29 mars 1990, à la Cour d'appel du Québec le 6 mai 1992, puis à la Cour suprême du Canada le 7 août 2002 où elle a exercé jusqu'en 2012. La deuxième édition de ces Ateliers, sous son haut patronage, a été conçue afin de rendre hommage à sa carrière, à ses analyses et à son implication dans le monde universitaire. En effet, elle a exercé durant sa carrière plusieurs fonctions au sein de conseils universitaires, en tant que professeure invitée, et, en dernière date, elle exerce les fonctions de Professeure associée à l'Université de Sherbrooke et de Professeure auxiliaire à l'Université McGill. Sa forte implication et son rayonnement ont été salués par la remise du prix F.R. Scott par l'Université McGill en 2013 et de deux doctorats *honoris causa* par l'Université de Montréal en 2008 et par l'Université de Sherbrooke en 2014. L'introduction de la Juge Deschamps sur les différentes publications de ce dossier témoigne de sa générosité et de l'acuité de ses observations, jamais démenties. Sa contribution à l'évolution du droit et au respect des droits de la personne est une constante dans sa carrière. Elle s'est d'ailleurs vu confier récemment le mandat de procéder à un examen complet des politiques, des procédures et des programmes des Forces armées canadiennes en ce qui a trait à l'inconduite sexuelle et au harcèlement sexuel dont la publication a provoqué un débat et une réflexion intense, au sein de la population, des forces armées et des politiques.

Au sortir d'une fonction qu'elle a occupée durant une dizaine d'années au sein de la plus haute juridiction du pays, elle a honoré les organisateurs de ce cycle de droit constitutionnel de sa présence, de son implication dans les échanges, de son analyse et de son recul sur ses récentes fonctions. Ce cycle prenait place dans le cadre d'une collaboration inter-facultaire des principales facultés de droit au Québec, organisée par de jeunes professeurs

de ces facultés, impliqués dans les débats les plus actuels du droit constitutionnel (Université de Montréal, Université McGill, Université de Sherbrooke). Si les trois axes scientifiques de ces Ateliers sont de facture classique (Fédéralisme et subsidiarité, Application de la Charte canadienne des droits et libertés, Jurisprudence constitutionnelle et droit comparé), les angles d'analyse et les thèmes développés dans ces échanges – et dans les publications qui en sont ici le prolongement – sont particulièrement originaux et vivifiants. Les Ateliers ont permis à Hoi Kong (Université McGill), Dwight Newman (Université de Saskatchewan), Johanne Poirier (Université libre de Bruxelles et récemment titulaire de la chaire Peter McKell de l'Université McGill), Bruce Ryder (Osgoode Hall Law School), Maxime St-Hilaire (Université de Sherbrooke) et Han-Ru Zhou (Université de Montréal) de présenter une partie de leurs travaux récents. La présente publication constitue l'évolution de leurs réflexions après les commentaires de la juge Deschamps, les interventions des participants à ces Ateliers et les commentaires des évaluateurs. Les doyens des Facultés de droit des trois universités participantes, Sébastien Lebel Grenier (Université de Sherbrooke), Daniel Jutras, (Université McGill) et Guy Lefebvre (Université de Montréal), qui ont soutenu financièrement et matériellement ces travaux, sont chaleureusement remerciés pour leur appui.

David Gilles,
Professeur agrégé
Faculté de droit
Université de Sherbrooke

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : INTRODUCTION

Auteur(s) : L'honorable Marie DESCHAMPS

Revue : *RDUS*, 2015, volume 45, numéro 1-2

Pages : 5-12

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

Page vide laissée intentionnellement.

INTRODUCTION

par l'honorable Marie DESCHAMPS¹

Les textes contenus dans ce numéro de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke reprennent les discussions vivantes qu'ont eues plusieurs juristes au cours du Cycle 2013 des Ateliers de droit constitutionnel. Ces Ateliers sont organisés par trois professeurs de droit constitutionnel qui enseignent respectivement à l'Université de Montréal, à l'Université McGill et à l'Université de Sherbrooke. L'édition 2013 coïncidait avec ma retraite de la magistrature et c'est donc avec plaisir que j'ai pu prendre un peu de recul, m'éloigner des contraintes du quotidien des dossiers de la Cour suprême et tendre l'oreille aux propos pertinents de juristes qui savent replacer dans leur contexte l'évolution des théories élaborées en droit constitutionnel.

Les Ateliers se veulent audacieux, abordant des sujets vastes, mais soulevant aussi des questions pointues. Ainsi, lors de chacune des trois rencontres de la mouture 2013, chacun des participants a traité d'un grand volet du droit constitutionnel canadien et de questions particulières s'y rattachant. Mon propos dans cette introduction vise non seulement à présenter les sujets, mais aussi à susciter l'intérêt du lecteur par une réplique ou un commentaire sur la position prise par les auteurs.

Le premier texte soumis à notre analyse porte sur le fédéralisme, en faisant ressortir ses liens avec les principes démocratiques. Le professeur Hoi Kong, de l'Université McGill, propose une vision du fédéralisme fondée sur une notion de république intrinsèquement liée à la proximité citoyenne. Suivant cette notion de république, le concept de subsidiarité donne vie aux aspirations multinationales du fédéralisme canadien en lui insufflant un contenu et lui en imposant des limites.

1. Ce texte de présentation des ateliers constitutionnels a été rédigé à la suite des ateliers, et révisé le 21 juin 2014. Il a pour vocation de présenter les débats et les questions soulevées lors des présentations orales des Ateliers, et ne reflète pas l'intégralité des versions papiers du présent dossier. Il ne tient donc pas compte des éventuelles décisions jurisprudentielles intervenues entre temps. Note de l'éditeur et coordinateur du dossier.

Pour le professeur Kong, la théorie de la subsidiarité prend origine dans l'arrêt 114957 *Canada Ltée (Spraytech, société d'arrosage) c. Hudson (Ville de)*, [2001] 2 R.C.S. 241, dont l'opinion majoritaire est signée par la juge L'Heureux-Dubé. Suivant l'analyse du professeur Kong, la subsidiarité comporte deux acceptions en droit canadien. Elle consiste parfois en un moyen, pour le gouvernement qui est le plus à même de satisfaire les besoins des citoyens sans égard au titulaire de la compétence, d'assurer la mise en œuvre d'une politique – c'est l'interprétation retenue par la juge en chef McLachlin dans le *Renvoi relatif à la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457. La subsidiarité peut cependant aussi être vue comme moyen contribuant à déterminer lequel de deux gouvernements, dans un cas de contestation, a compétence pour adopter les mesures législatives mettant en œuvre une politique bénéfique pour les citoyens – thèse qui ressort de l'opinion que le juge Lebel et moi avons signée conjointement dans cet arrêt. Le professeur Kong favorise la deuxième approche, car elle met en valeur les principes démocratiques sur lesquels la république est fondée.

Je suis d'accord avec le professeur Kong pour conférer une importance matérielle à la notion de subsidiarité permettant à l'un des ordres de gouvernement, le plus souvent l'ordre local, d'assumer la responsabilité de l'adoption de politiques qui nécessitent une proximité avec les citoyens. Cette approche offre à l'interprète constitutionnel un outil utile dans les cas, de plus en plus nombreux, de chevauchement de compétences apparent ou réel. Ceci ne signifie pas que, systématiquement, le gouvernement local sera celui qui se verra attribuer la compétence. Cela signifie simplement que les considérations fondées sur les besoins des citoyens seront prises en compte plutôt que les visées politiques des gouvernements.

Je note par ailleurs que la juge en chef McLachlin a, dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Shell Canada Products c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, reconnu la valeur de la proximité dans l'interprétation des pouvoirs de gouvernements locaux comme les municipalités. Même si la notion de subsidiarité

n'est pas mentionnée dans cet arrêt, son essence y transparait déjà. L'arrêt *Spraytech* découle donc naturellement de l'approche de la juge en chef dans *Shell*.

La question de la qualification juridique de la subsidiarité demeure ouverte. Alors que la juge en chef est favorable à un argument fondé sur la proximité dans *Shell*, elle refuse d'attribuer à la subsidiarité un rôle dans l'interprétation de la portée des chefs de compétence dans le *Renvoi sur la procréation assistée*. Avec le juge LeBel, j'ai déjà signalé que notre droit a reconnu à la subsidiarité une valeur juridique. Tout comme dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, nous l'avons qualifiée de « principe d'interprétation ». Un tel principe pourrait donc jouer dans la détermination de la compétence d'un ordre de gouvernement pour adopter une norme législative. Cette question n'ayant pas fait l'objet de discussion par tous les juges ayant participé au *Renvoi sur la procréation assistée*, elle devra être clarifiée dans le futur.

Le deuxième texte est produit par la professeure Johanne Poirier, de l'Université Libre de Bruxelles. Elle rend évident le défi que posent à la souveraineté parlementaire les notions de subsidiarité et de fédéralisme coopératif. Elle fait ressortir le flou juridique qui accompagne leur intégration à l'architecture canadienne qu'elle décrit comme essentiellement dualiste. Si la professeure Poirier ne critique pas ouvertement le recours à ces deux notions, elle rejoint la philosophie du professeur Kong, lorsqu'elle explore une forme de fédéralisme coopératif d'où découleraient des limites pour chacun des ordres.

Dans le contexte de la complexification de la législation, de même que de la reconnaissance parallèle de la compétence accessoire et du recours à la théorie du double aspect, de nombreuses matières sont susceptibles d'appréhension par les deux ordres de gouvernement. La faveur dont jouissent ces théories constitutionnelles, jointe à celle de mécanismes comme la négociation et la conciliation de même que l'évolution de notions comme l'accommodement dans d'autres domaines du droit

constitutionnel laissent peu d'espoir que renaisse un fédéralisme dualiste puriste. Je reconnais donc que le coopératisme a pris une importance telle qu'il mérite d'être mieux défini. L'orientation prise par les tribunaux ne devrait pas occulter le risque que représente une gouvernance irrespectueuse de la part d'un des ordres à l'égard du champ d'action légitime de l'autre ordre. L'alarme que sonne la professeure Poirier devrait donc être entendue.

La Cour suprême a déjà manifesté une ouverture à l'imposition de limites à l'exercice des pouvoirs d'un ordre de gouvernement. Les limites suggérées par la professeure Poirier peuvent être vues comme un pas dans une direction déjà prise en matière de responsabilité contractuelle dans l'arrêt *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199. De même, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 RCS 457, par. 77, mais surtout de façon unanime dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, la Cour suprême a affirmé que l'un des ordres ne peut exercer une de ses compétences de façon à vider de son contenu une compétence de l'autre ordre. Il y a déjà dans ces arrêts, de même que dans la théorie de la législation déguisée, les bases permettant de développer le concept de bonne foi en matière de fédéralisme coopératif. Ces bases, propres au domaine du partage des compétences, pourraient être fertilisées avec le terreau mis en place dans le domaine de la liberté d'association avec *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 RCS 291. En somme, les idées couchées dans le texte de la professeure Poirier donnent amplement matière à réflexion.

Après avoir ouvert sur un sujet traditionnellement lié au droit constitutionnel, le fédéralisme, le lecteur peut enchaîner avec deux textes traitant des droits fondamentaux, qui depuis l'incorporation de la Charte canadienne des droits et libertés, s'insèrent d'emblée dans notre droit constitutionnel.

Le professeur Dwight Newman, de l'Université de Saskatchewan, s'intéresse à l'application de la Charte pour soutenir l'indépendance académique, soulignant que le Canada n'a pas de

réelle théorie sur ce sujet. Il s'interroge sur la protection constitutionnelle applicable en milieu universitaire. Se fondant sur l'arrêt *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, il se dit d'avis que la Charte devrait s'appliquer en milieu académique puisque les organes agissant dans ce milieu mettent en œuvre des programmes ou politiques gouvernementales.

Au professeur Newman, je réponds qu'il est probable que la plupart des universités offrent des programmes qui sont cohérents avec ceux que les gouvernements soutiennent. Il n'est cependant pas clair que toutes les universités soient nécessairement chargées par les gouvernements de mettre en œuvre leurs programmes et politiques. Je ne suis donc pas persuadée que les universités exercent systématiquement des activités gouvernementales. Je suis d'accord que la Charte peut aider à dessiner les contours d'une théorie de la liberté académique, mais il demeure pertinent de développer, au Canada, une théorie autonome afin d'éviter que les membres de la communauté académique soient soumis à des standards différents selon qu'ils oeuvrent ou non dans une institution « gouvernementale ».

Le professeur Maxime St-Hilaire, de l'Université de Sherbrooke, traite aussi de l'application de la Charte, mais sur un sujet de portée plus générale. Il met en évidence une autre valse-hésitation de la jurisprudence, celle de l'identification des débiteurs des obligations constitutionnelles. Le professeur St-Hilaire relève d'abord sommairement que la Charte s'applique au législateur et aux gouvernements fédéral et provincial dans leurs champs respectifs de compétence, notant que la Cour suprême a été divisée sur la question de la grille d'analyse à utiliser – approche structurelle ou fonctionnelle – pour déterminer si une entité ou une personne est assujettie aux obligations constitutionnelles. Il s'attaque ensuite à l'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême sur l'application de la Charte aux tribunaux, identifiant pas moins de cinq catégories permettant de conclure que les tribunaux et la *Common Law* sont assujettis à la Charte. Il qualifie

d'incertain l'état du droit sur la relation entre la Charte et le régime des indemnités s'appliquant aux tribunaux. Selon le professeur St-Hilaire, la jurisprudence sur l'application de la Charte aux tribunaux et à la *Common Law* est inopérante, imprévisible et d'une complexité extrême qui n'est pas justifiée par quelque fonctionnalité. Selon lui, une solution simple serait de rendre la Charte systématiquement applicable aux tribunaux aux termes d'une acception large du terme « gouvernement » qui s'étend à l'exercice de toute fonction gouvernementale. Cette solution prendrait appui sur les arrêts *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588.

Le professeur St-Hilaire rejette l'objection suivant laquelle une telle conclusion aurait pour effet d'étendre la portée de la Charte aux personnes physiques et aux entités qui ne se qualifient pas comme « gouvernement ». Pour ma part, je ne suis pas convaincue que l'assujettissement des tribunaux en raison du fait qu'ils exercent une fonction d'adjudication qui est « gouvernementale » n'étendrait pas l'application de la Charte aux rapports de droit privé. Dans l'exercice de leur fonction d'adjudication, les tribunaux ne sont pas des « sujets » de droit. Ils sont des organes, des véhicules du droit. Si leurs décisions ne respectent pas les prescriptions de la Charte, elles seront cassées en appel ou en révision judiciaire. Dans le cas de la *Common Law*, les tribunaux « peuvent – et doivent – [la] faire évoluer en harmonie avec la Charte » (*R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725). Aux remarques mordantes du professeur St-Hilaire, je répondrais donc que la complexité est plus apparente que réelle. L'élégance d'une règle générale ne permet pas de conférer aux tribunaux un rôle d'acteur gouvernemental qui serait en contradiction avec le principe d'indépendance judiciaire.

Après un regard qui embrasse le régime interne, il était naturel de se tourner vers l'extérieur. Le professeur Han-Ru Zhou, de l'Université de Montréal, en profite pour traiter de l'usage qu'aurait pu faire la Cour suprême du Canada d'un nombre certain de décisions du Conseil privé touchant le principe de l'indépendance judiciaire.

Avant d'aborder de plein front son sujet, le professeur Zhou trace d'abord les grandes lignes du contexte dans lequel le droit canadien évolue. Il note que notre droit s'est, depuis longtemps, abreuvé à des sources étrangères. Quoique le droit canadien soit doté d'une autonomie presque complète depuis la *Loi constitutionnelle de 1867*, le recours aux sources anglaises et françaises comme droit supplétif a habitué les tribunaux à une étude attentive du droit de ces pays. Leur appartenance à deux grandes familles juridiques a élargi l'horizon jurisprudentiel des tribunaux canadiens aux autres pays des mêmes familles. À ces liens juridiques s'est ajouté le fait que le Canada a retenu le Conseil privé comme tribunal de dernière instance jusqu'en 1949.

Ce contexte permet au professeur Zhou de soutenir de façon convaincante que la Cour suprême aurait pu éviter certaines critiques acerbes si elle avait fait usage des outils jurisprudentiels qui étaient à sa disposition à l'occasion du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale* (Î.-P.-É.), [1997] 3 R.C.S. 3, un arrêt fondamental portant sur l'indépendance judiciaire. Le professeur Zhou relève plusieurs décisions du Conseil Privé qui, si elles ne s'imposaient pas comme autorité, avaient, par la puissance de leurs motifs, une grande force persuasive.

Ma réplique aux commentaires du professeur Zhou est qu'il est difficile, à l'heure actuelle, de trouver une cour de dernier ressort qui fait plus usage du droit comparé que la Cour suprême du Canada. Dans certains pays, le recours au droit comparé est encore vu comme une menace à l'identité nationale et fait l'objet de débat. Rien de tel au Canada. Dans la majorité des décisions importantes, la Cour examine et discute les solutions juridiques auxquelles en viennent les cours des régimes comparables. Si, dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges des cours provinciales*, la Cour n'a pas fait cet exercice, c'est peut-être qu'à l'époque la pratique n'était pas aussi établie. Le propos du professeur Zhou rappelle cependant non seulement l'importance du droit comparé, mais aussi que le droit anglais traverse la frontière entre le droit interne et le droit étranger.

Je conclus en remarquant que chacune des cinq présentations comporte un son de cloche. Le double engagement envers le fédéralisme et la démocratie emporte des obligations. Le fédéralisme, pour évoluer harmonieusement, impose aux partenaires un respect de leurs compétences respectives. Une démocratie forte repose sur le développement de théories fonctionnelles – aussi simples et claires que possible – qui permettent aux acteurs, du milieu académique comme de tous horizons de faire valoir leurs droits. Par ailleurs, si les cours canadiennes n'ont pas, jusqu'à maintenant, appliqué le principe de la subsidiarité dans la détermination de la portée d'un chef de compétence, le coopératisme peut constituer la porte d'entrée d'une répartition collaborative des pouvoirs.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : SUBSIDIARITY, REPUBLICANISM, AND THE DIVISION OF POWERS IN
CANADA

Auteur(s) : Hoi L. KONG

Revue : RDUS, 2015, volume 45, numéro 1-2

Pages : 13-46

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9922>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9922>

Page vide laissée intentionnellement.

SUBSIDIARITY, REPUBLICANISM, AND THE DIVISION OF POWERS IN CANADA

by Hoi L. KONG *

Dans cet article, j'entreprends le projet normatif de déterminer ce que le principe de subsidiarité devrait signifier en droit constitutionnel canadien et comment il devrait être appliqué. J'argumenterai sur le fait que le principe de subsidiarité devrait être compris dans le cadre théorique du républicanisme et, afin de contribuer à ce numéro qui rend hommage à la jurisprudence constitutionnelle de la juge Deschamps, je démontrerai comment une de ses décisions dans un arrêt de droit constitutionnel illustre cette interprétation républicaine du principe de subsidiarité. Dans la première partie, j'établirai la pertinence de l'approche républicaine pour l'interprétation du fédéralisme canadien et démontrerai comment cela permet de mieux cerner le principe de subsidiarité. Brièvement, l'argument veut que le concept républicain de non-domination offre une norme permettant aux tribunaux de déterminer si les conditions du principe de subsidiarité sont satisfaites. La deuxième partie me permettra de présenter comment une interprétation républicaine du principe de subsidiarité est évidente dans la jurisprudence du fédéralisme de la juge Deschamps.

The present paper undertakes the normative project of determining what subsidiarity should mean in Canadian constitutional law, and how it should be applied. In this paper, I will argue that subsidiarity should be understood in republican terms, and in furtherance of this special issue's goal of offering tribute to the constitutional jurisprudence of Justice Deschamps, I will argue that a representative case from her federalism jurisprudence is consistent with a republican interpretation of subsidiarity. Part I sets out the case for interpreting Canadian federalism in republican terms and for arguing that these are relevant for understanding the principle of subsidiarity. In brief, the argument is that the republican idea of non-domination provides a normative standard that enables courts to determine whether the conditions of the principle of subsidiarity are satisfied. Part II turns to demonstrate how a republican application of the subsidiarity principle is evident in the federalism jurisprudence of Justice Deschamps.

* . Associate Professor and Associate Dean Academic, McGill University, Faculty of Law. I would like to thank Marie-Andrée Plante, Olga Redko and William Stephenson for outstanding research assistance. I am also grateful for the valuable feedback provided by the participants in the 2012-2013 version of the Constitutional Workshop Series, hosted by the Faculties of Law of McGill University, *l'Université de Sherbrooke* and *l'Université de Montréal*. Special thanks are owed to my co-organizers of that workshop series, Professors Maxime St-Hilaire and Han-Ru Zhou, and to my fellow panelists, Professor Johanne Poirier and the Honourable Marie Deschamps. Finally, I acknowledge the financial support of the *Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes* and the LeDain Fund.

TABLE OF CONTENTS

Part I:	Republicanism, Subsidiarity, and the Division of Powers in Canada.....	20
A.	<i>Non-Domination and the Division of Powers in Canada</i>	<i>22</i>
B.	<i>Subsidiarity, Multinationalism, and Non- Domination</i>	<i>30</i>
C.	<i>Republican Federalism: The General Case.....</i>	<i>31</i>
Part II:	Republicanism, Subsidiarity, and Federalism Doctrine.....	35
A.	<i>Federalism Doctrine and Non-Domination.....</i>	<i>36</i>
B.	<i>Non-Domination and Non-Interference: Levy's Objection to Young.....</i>	<i>39</i>
C.	<i>Non-Domination and the Federalism Jurisprudence of Justice Deschamps: the Criminal Law Power</i>	<i>41</i>
Conclusion		46

The concept of subsidiarity entered Canadian federalism jurisprudence through the reasons of Justice L'Heureux-Dubé in *114957 Canada Ltée v. Hudson*, commonly referred to as *Spraytech*.¹ The oft-cited passage from the decision describes the principle of subsidiarity as “the proposition that law-making and implementation are often best achieved at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected and thus most responsive to their needs, to local distinctiveness, and to population diversity”.² There are at least two situations in which this idea of subsidiarity is applicable in the federalism context.³

First, one might understand the concept to be relevant to deciding disagreements about which order of government should implement a policy objective, once it has been enacted into law, when the relevant orders of government agree that one of them has jurisdiction to legislate with respect to that policy. Consider the case in which the provincial and federal governments agree that a particular federal policy's goal is to reduce crime, and accept that the federal government has jurisdiction to enact that policy. In such circumstances, the governments may nonetheless disagree about which level of government is best positioned to implement that policy, and the principle of subsidiarity can be used to resolve that disagreement. One might ask whether, in the given circumstances, considerations of effectiveness, responsiveness to local needs, and diversity would lead to a conclusion that a provincial rather than the federal government should implement the federal policy.

-
1. *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town of)*, [2001] 2 S.C.R. 241 [*Spraytech*].
 2. *Id.*, par. 3.
 3. I will be using the expressions “principle of subsidiarity”, “idea of subsidiarity”, “concept of subsidiarity”, “subsidiarity”, and similar expressions interchangeably. The statement of the principle of subsidiarity in the main text is the canonical one in Canadian jurisprudence, and will be the one that I shall use throughout this paper. Other statements or definitions of the principle are, of course, possible but since this is a paper about Canadian federalism jurisprudence, I adopt the one most pertinent to that body of thought.

Second, one might argue that the concept of subsidiarity is applicable in circumstances where two levels of government disagree about which has jurisdiction to regulate in a particular set of circumstances. Consider the case of a disagreement about whether the federal government can legislate over specific aspects of artificial reproduction. Subsidiarity in that instance may be used to resolve the jurisdictional question. One might argue that concerns about effectiveness, responsiveness, and diversity should be relevant to determining whether the federal government's attempt to regulate the relevant aspects of artificial reproduction would amount to an unconstitutional intrusion on provincial jurisdiction.

These two kinds of cases in which the concept of subsidiarity may be applied have given rise to debate in the jurisprudence and in the academic literature. For instance, the Chief Justice in *Reference re Assisted Human Reproduction Act*⁴ limited the application of the subsidiarity principle to circumstances in which provincial (or municipal) regulation complements federal legislation and enables federal purposes to be adapted to local circumstances.⁵ Similarly, some scholars⁶ argue that the principle of subsidiarity is relevant only when one order of government has the undisputed power to enact a particular policy objective, and when the only question is which order of government should *implement* that objective. As a consequence, these authors argue, the principle is not useful for resolving disputes about which order of government *should regulate* when several conflicting policy objectives are at issue. Writing in the context of the European Union, Gareth Davies argues for this position and concludes that subsidiarity cannot resolve a disagreement about whether, in a particular set of circumstances, a Community-wide goal of achieving policy

4. *Reference re Assisted Human Reproduction Act* [2010] 3 S.C.R. 457 ["AHRA Reference"].

5. *Id.*, par. 70, 72.

6. See e.g. Gareth DAVIES, "Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time", (2006) 43 *C.M.L. Rev.* 63.

harmonization should outweigh national interests in autonomous regulation.⁷

If some judges and some scholars focus on circumstances in which the principle of subsidiarity is relevant only to questions of policy implementation, others argue that subsidiarity considerations are pertinent to cases of jurisdictional disputes. For instance, in the *AHRA Reference*, Justices LeBel and Deschamps reasoned that the principle may assist courts in determining whether legislation fits within one head of power or another. They invoked the subsidiary principle at the end of a long analysis that found that the impugned provisions of the *Assisted Human Reproduction Act* were *ultra vires* because, in pith and substance, they were legislation in relation to the provinces' jurisdiction over hospitals, property and civil rights, and matters of a local or private nature.⁸ Justices LeBel and Deschamps introduced the principle by stating that "[i]f any doubt remained, this is where the principle of subsidiarity could apply".⁹ This formulation suggests that in cases where the extrinsic and intrinsic evidence, as well as an examination of the legal effects of federal legislation, tends towards a finding that the federal government is trenching upon provincial jurisdiction but does not conclusively establish this finding, consideration of the subsidiarity principle will be relevant.¹⁰

7. *Id.*, 67-68. Davies writes: "Subsidiarity misses the point. Its central flaw is that instead of providing a method to balance between Member State and Community interests, which is what is needed, it assumes the Community goals, privileges their achievement absolutely, and simply asks who should be the one to do the implementing work."

8. *AHRA Reference*, prec., note 4, par. 273. The discussion of the reasons of LeBel and Deschamps JJ. and of the Chief Justice in the paragraphs that follow draws on material previously published in H. KONG, "Beyond Functionalism", *infra* note 16.

9. *Id.*

10. Since Justices LeBel and Deschamps only suggested that if the principle were to be applied, it would have led to a finding that the provisions at issue were *ultra vires*, they did not specify the details of how the principle would be applied in a particular case (*Id.*).

This understanding of subsidiarity is not limited to the case-law: some scholars similarly argue that the principle of subsidiarity is useful in determining whether, in a given set of circumstances, one order of government rather than another should have jurisdiction to regulate. For example, Steven Calabresi and Lucy Bickford, writing in the U.S. context, have argued that the “economics of federalism” entails considerations that give content to the principle of subsidiarity and can assist courts in deciding jurisdictional disputes.¹¹ According to the authors, economic considerations can assist in determining whether state or federal governments should regulate a given matter. Calabresi and Bickford set out the advantages of state regulation: “(1) regional variation in preferences, (2) competition for taxpayers and businesses, (3) experimentation to develop the best set of rules, and (4) lower monitoring costs”.¹² The authors contrast these with factors in the presence of which federal regulation is advantageous: (1) economies of scale, (2) collective action problems, (3) control of externalities, and (4) civil rights issues.¹³ The authors argue that the U.S. Supreme Court has used the considerations that comprise the “economics of federalism” to resolve jurisdictional disputes, and in so doing, it has ensured that matters that are best regulated at the state level are under the jurisdiction of the states and not of the federal government.¹⁴

In this paper, I will argue that in Canadian federalism, the principle of subsidiarity should play a role in resolving jurisdictional disputes. I do not address in any detail the narrow doctrinal question of whether the principle of subsidiarity in current Canadian constitutional law is, as Chief Justice McLachlin claims, best understood as being limited to circumstances in which the

11. Steven G. CALABRESI & Lucy D. BICKFORD, “Federalism and Subsidiarity: Perspectives from U.S. Constitutional Law”, (2011) [unpublished, Northwestern University of Law Scholarly Commons faculty working paper].

12. *Id.*, 11.

13. *Id.*, 14-16.

14. *Id.*, 28.

provinces can complement federal legislation, although I agree with those who argue that the scope of the principle's application in positive law is broader than this.¹⁵ Instead, the present paper undertakes the normative project of determining what subsidiarity should mean in Canadian constitutional law, and how it should be applied. In this paper, I will argue that subsidiarity should be understood in republican terms, and in furtherance of this special issue's goal of offering tribute to the constitutional jurisprudence of Justice Deschamps, I will argue that a representative case from her federalism jurisprudence is consistent with a republican interpretation of subsidiarity.¹⁶ The paper is divided into two parts.

Part I sets out the case for interpreting Canadian federalism in republican terms and for arguing that these are relevant for understanding the principle of subsidiarity. In brief, the argument is that the republican idea of non-domination provides a normative standard that enables courts to determine whether the conditions of the principle of subsidiarity are satisfied. That is, the concept of non-domination, which I shall describe and explain below, can assist a court in evaluating whether, in a given set of circumstances, jurisdiction should be given to the provinces because they are the order of government that is, in the words of the Court in *Spraytech*, "closest to the citizens affected and thus most responsive to their needs, to local distinctiveness, and to population diversity".¹⁷ I will further argue that two versions of the republican case for Canadian federalism — the multinational and the general case — are relevant

15. See Dwight NEWMAN, "Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity", (2011) 74 *Sask. L. Rev.* 21.

16. I have argued elsewhere that Justice Deschamps's reasons in a pair of interjurisdictional immunity and paramouncy cases is consistent with her approach to the *AHRA Reference*, prec., note 4 (see Hoi KONG, "Beyond Functionalism, Formalism and Minimalism: Deliberative Democracy and Decision Rules in the Federalism Cases of the 2010-2011 Term", (2011) 55 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 355 [H. KONG, "Beyond Functionalism"])). In his contribution to this volume, Professor Ryder makes an argument that applies to the entirety of Justice Deschamps's jurisprudence, which is consistent with the one made in this paper (Bruce Ryder, citation when available).

17. *AHRA Reference*, prec., note 4, par. 3.

to determining when the conditions of subsidiarity are satisfied, such that the provincial order of government should have jurisdiction over a given subject matter, or that the federal order's power should be limited. In the course of making that argument, I will distinguish between a normatively justifiable and a normatively objectionable conception of nationalism. We shall see that it is only the former that plays a role in the republican conception of a multinational federation.

Part II turns to demonstrate how a republican application of the subsidiarity principle is evident in the federalism jurisprudence of Justice Deschamps. In order to set the stage for that discussion, I consider and reject a suggestion — made in the political theory literature — that the concept of non-domination cannot assist in determining jurisdictional questions. Once I have cleared that objection away, I will argue that the concept of non-domination animates Justice Deschamps's application of the principle of subsidiarity in the context of interpreting the criminal law power. In particular, I will argue that Justice Deschamps's application of the principle of subsidiarity has implications for how broadly the criminal power is read, and for how much deference should be accorded Parliament. We shall see that the concept of non-domination is central to her conclusions about these matters, and that it influences her conclusion that the division of powers jurisprudence should limit the reach of the criminal power in order to ensure that the provincial governments can function as loci of distinctiveness and diversity. We will, in other words, see that Justice Deschamps's vision of federalism jurisprudence evinces a republican-influenced understanding of the principle of subsidiarity.

Part I: Republicanism, Subsidiarity, and the Division of Powers in Canada

I have argued elsewhere for a republican conception of Canadian federalism that builds on the concept of non-domination and draws extensively on the multinational elements of the Canadian federation. In what follows, I will restate the core of the

argument, before demonstrating that it can be extended beyond the multinational elements of the Canadian federation to include the general relationship between the federal and provincial governments.¹⁸

Republicanism has emerged as an important school of thought in political theory and has exerted a strong influence on Anglo-American legal scholarship.¹⁹ Republicanism has, however, been largely absent from Canadian constitutional law scholarship,²⁰ and this absence is particularly noticeable in the legal literature on federalism. Republicanism, of course, includes many different strands, some of which I have analysed in other work.²¹ For present purposes, I adopt a particular version of republicanism, which stresses the norm of non-domination,²² because it provides a

-
18. The following paragraphs on multinational republican federalism draw from Hoi KONG, "Republicanism and the Division of Powers in Canada", (2014) 64 *U.T.L.J.* 259 [H. KONG, "Republicanism"]. I am grateful to Justice Deschamps for suggesting such a broad application of my analysis in her response to this paper.
 19. For a survey, see Samantha BESSON & José Luis MARTÍ, "Law and Republicanism: Mapping the Issues" in Samantha BESSON & José Luis MARTÍ (eds.), *Legal Republicanism: National and International Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 3.
 20. For an exception, see Hoi KONG, "Towards a Civic Republican Theory of Canadian Constitutional Law", (2011) 15 *Rev. Const. Stud.* 249 [H. KONG, "Civic Republican Theory"].
 21. Hoi KONG, "Something to Talk About: Regulation and Justification in Canadian Municipal Law", (2010) 48 *Osgoode Hall L.J.*, 499, 502-505.
 22. There is an extensive literature on the relationship between republicanism and liberalism and, in particular, on the contrast between the republican concept of non-domination and the liberal concept of non-interference. For present purposes, I will accept one key distinction made by republican authors, who claim that an agent may dominate another and, as a consequence, may inflict harms that legal institutions should aim to prevent or remedy, even if that agent does not interfere with the dominated party's interests. For present purposes, I will accept the distinction between non-interference and non-domination to be the defining cleavage that separates liberalism from republicanism, and I identify republicanism with the concept of non-domination. For the distinction, see Philip PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, New York, Oxford University Press, 1997, p. 52 [P. PETTIT, *Republicanism*]. For the debate

promising normative framework for analyzing the multinational elements of Canadian federalism²³ and because it is perhaps the most influential contemporary strain of republican theory. As a consequence, for the remainder of this paper, when I refer to republicanism, I mean this non-domination version of the theory. In what follows, I will show how republicanism applies to the multinational elements of Canadian federalism, and I will extend the argument about the significance of the norm of non-domination to the general relationship between the orders of government in the Canadian federation. Let us begin by fleshing out the idea of non-domination.

A. *Non-Domination and the Division of Powers in Canada*

According to Philip Pettit, who is most closely identified with the republican theory of domination, state action can be non-dominating if it tracks “common, perceived interests”;²⁴ this is the

surrounding the distinction, see e.g. Ian CARTER, “How are Power and Unfreedom Related?” in Cécile LABORDE & John MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Malden, Blackwell, 2008, p. 58; Quentin SKINNER, “Freedom as the Absence of Arbitrary Power” in Cécile LABORDE & John MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Malden, Blackwell, 2008, p. 83; Philip PETTIT, “Republican Freedom: Three Axioms, Four Theorems” in Cécile LABORDE & John MAYNOR (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Malden, Blackwell, 2008, p. 102; Charles LARMORE, “A Critique of Philip Pettit’s Republicanism”, (2001) 11 *Philosophical Issues* 229.

23. There are important American contributions to the legal literature on republicanism and federalism. For a general treatment, see Mark TUSHNET, “Federalism and the Traditions of American Political Theory”, (1985) 9 *Ga. L. Rev.* 981, 989-90; for a criticism of multinational federations including Canada, which argues that they undermine some of the purposes of federalism, see Steven G. CALABRESI, “A Government of Limited and Enumerated Powers: In Defense of *United States v. Lopez*”, (1995) 94 *Mich. L. Rev.* 752, 764.
24. Philip PETTIT, “Republican Freedom and Contestatory Democratization” in Ian SHAPIRO & Casiano HACKER-CORDÓN (eds.), *Democracy’s Value* Cambridge, Cambridge University Press, 1999 163, 172 [P. PETTIT, “Contestatory Democratization”]. See generally James BOHMAN, “Cosmopolitan Republicanism and the Rule of Law” in Samantha BESSON

case even when state action has coercive effects.²⁵ Pettit defines the relevant interests as those “that are consistent with the desire to live under a shared scheme that treats no one as special. They are interests that those who are expected to give a system of government their allegiance may reasonably expect a government to track”.²⁶ When state action tracks these kinds of interests, Pettit argues, it accords with reasons related to the public good and is non-dominating.²⁷ Pettit fits his account of non-domination and state action within a wider account of non-domination that applies to private relations when he sets out the conditions under which one party has dominating power over another. He writes that one has dominating power over another if one has (1) “the capacity to interfere (2) on an arbitrary basis (3) in certain choices that the other is in a position to make”.²⁸ In the context of the state, action is undertaken on an arbitrary basis when it is “sectional or factional in character”.²⁹ Such action does not attempt to track common perceived interests of all within a given polity, and instead merely reflects the interests and the political will of a segment of society. Note that on this understanding of domination, a party can be dominated even if there is no interference with her interests. How, then, are we to determine whether state action bears these characteristics or when the state stands in a relationship of domination vis-à-vis its citizens?

& José Luis MARTÍ (eds.), *Legal Republicanism: National and International Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 60, at p. 61.

25. Pettit contrasts his position with others which view laws as necessarily curtailing freedom (P. PETTIT, *Id.*, p. 168-69). Pettit uses the modifiers “commonly perceived” and “politically avowable” interchangeably in his writings to describe the relevant interests. For the former usage see *id.* For the latter usage, see Philip PETTIT, *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 156.

26. *Id.*, p. 176.

27. See P. PETTIT, *Republicanism*, prec., note 22.

28. *Id.*, p. 52.

29. *Id.*, p. 56.

Pettit provides us with two kinds of indicia. The first relates to a given polity's perception of an instance of domination. He argues that it will be "common knowledge" when the conditions of domination are met in a particular set of circumstances.³⁰ The second kind of indicia relates to the costs of being dominated by another. One who is subject to the arbitrary will of another individual or of the state suffers in three ways: (1) from uncertainty about when her interests will be interfered with, (2) from having to constantly act with strategic deference towards the dominating party, and (3) from not being able to engage with the dominating party as an equal.³¹ Pettit applies these indicia in the course of making arguments in favor of institutional proposals that counter domination. One can identify these indicia in Canadian constitutional history and one can see versions of these kinds of institutional constraints in Canadian constitutional law bearing on the multinational elements of the federation.

French Canadians³² at Confederation would reasonably have thought it likely that a government in a unified Province of Canada,

30. *Id.*, p. 59. According to Pettit, the fact of domination's being common knowledge is both empirically likely and normatively significant. It is empirically likely because the fact of domination is salient to all those involved in a relationship of domination (*Id.*). Pettit argues that common knowledge of an instance of domination is normatively significant because the harms in relationships of domination arise when those who are party to the relationship are aware of them. According to Pettit: "Domination is going to involve awareness on the part of the powerful, the awareness of vulnerability on the part of the powerless, and the mutual awareness — indeed, the common awareness among all the parties to the relationship — of this consciousness on each side" (*Id.*, p. 60).

31. *Id.*, p. 87.

32. Deciding upon the appropriate nomenclature for the nation under discussion is a fraught exercise. For present purposes, I label the population who constituted the minority nation to be protected at the time of Confederation as "French Canadians" because that was the term used by participants in the Confederation debates, including, for instance, A.A. Dorion. I shift the terminology to "Quebecers" post-Confederation for two reasons. First, in the post-Confederation period Quebec became the repository of nationalist aspirations, and those aspirations came to be expressed in jurisdictional claims (see Stephen TIERNEY, *Constitutional Law*

in which they would be a persistent minority, would be persistently indifferent or hostile to their collective interests and therefore would fail to make decisions that tracked those interests. The institutional solution advanced by some fathers of Confederation, including George-Étienne Cartier, was to create a political unit in which this persistent doubt about the nature of the reasons motivating government action would be removed.³³ Under a federalist regime that would give democratically elected and controlled governments in Quebec jurisdictional control over the vast majority of government decisions and policies that would affect citizens' lives, it would no longer be possible for French Canadians (the vast majority of whom would live on the territory of Quebec) to persistently doubt that the institutions of popularly elected governments would track their collective interests.³⁴ The *Constitution Act, 1867* provided just such a set of institutions.

Canadian federalism can thus plausibly be characterized as facilitating republican decision-making and responding to a

and National Pluralism, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 101). Second, I believe that the term "Quebecer" is appropriate for the post-Confederation period because an essential function of the institutions of a political jurisdiction is to speak for the residents of that jurisdiction as a whole. See on this point Philip PETTIT, "A Republican Law of Peoples", (2010) 9 *European Journal of Political Theory* 70, 71. Moreover, such institutions can legitimately speak in this way when residents of a jurisdiction pursue common ends through those institutions. This understanding of jurisdictions and their institutions is significant because domination of a jurisdiction arises in the federalism context only when a jurisdiction and its institutions have this representative function. In a different context, Pettit describes the domination of collective agencies such as the state in this way: "domination of corporate agencies will matter insofar as those agencies are organizations whereby individual human beings combine to act together. If the things that the members do as a corporate entity are subject to alien control of another agent or agency, then those members are themselves subject to alien control" (*Id.*, 76).

33. See Christopher MOORE, *1867: How the Fathers Made a Deal*, Toronto, McClelland & Stewart, 1997, p. 142-143.

34. See for the relevant history, A.I. SILVER, *The French-Canadian Idea of Confederation, 1864-1900*, 2nd ed., Toronto, University of Toronto Press, 1997, p. 3.

particular threat of domination. In other work, I have made a detailed argument for the claim that the Canadian federation was structured to safeguard a set of collective interests, which should be construed as national interests, from the threat of domination.³⁵ I will not repeat that argument here. Instead, I will simply note that when the activities that constitute a nation (including activities tied to the creation of a common public culture) and the goods that flow from these activities (including goods relating to the individual autonomy of group members) require state institutions that are controlled by members of the nation, nations can make a plausible claim to a measure of self-government.

For a minority nation in a multinational federation, this claim can be framed in terms of the principle of non-domination. For instance, French Canadians at Confederation may reasonably have believed that they could not ensure that in a state dominated by English Canadians, the relevant group activities and goods would be secured.³⁶ They might have been concerned, for instance, that institutions necessary to sustain the common public culture of French Canada, such as schools and courts competent to adjudicate civil law matters, might have been threatened in such a state. French Canadians at Confederation might also have believed that the protection of this common public culture was necessary in order for individual members of the nation to forge identities and benefit from cultural goods that could only result from participation in such a culture. Indeed, French Canadians might have reasonably believed that in such a state, any claims they made in relation to such activities or goods would be the object of outright hostility or indifference.³⁷ They would therefore have reasonably believed that

35. H. KONG, "Republicanism", *prec.*, note 18.

36. For an argument that this group constituted a nation, see Eugénie BROUILLET, *La négation de la nation : L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Sillery, Septentrion, 2005, p. 53.

37. For a survey of assimilationist policies directed at French Canadians before Confederation, see Stéphane KELLY, *La petite loterie : comment la Couronne a obtenu la collaboration du Canada français après 1837*, Montréal, Éditions du Boréal, 1997. There is an extensive debate about whether rights should be ascribed to nations, rather than to the

a government enacting policy based on majoritarian decision-making procedures would fail to track their interests in engaging in these activities and securing these goods. It was the potential persistent failure of governments in the United Province of Canada to track these kinds of interests that would have placed French Canadians in a relationship of domination with respect to the English Canadian majority.

These interests were politically avowable, according to Pettit's indicia: first, as we have seen above, the Confederation debates revealed that it was *common knowledge* to the Canadian public in the period leading to Confederation that such interests were among those that French Canadians could reasonably have expected to have safeguarded by the constitutional order. Second, the absence of constitutional safeguards would have rendered French Canadians vulnerable to the *effects* of domination: they would have been under persistent threat of having their national interests interfered with; they would have had to engage in strategic deference in their relationships with English Canadians with respect to those interests; and because those interests would not have been secure, they would not have been able to engage with English Canadians on an equal footing. Federal arrangements, which would allocate jurisdictional authority in order to enable French Canadians themselves to pursue their national interests, would have extricated French Canadians from this relationship of domination. It is for these reasons that we can conceive of the

individuals within them. See the contributions to Will KYMLICKA (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995. I do not intend to take a firm stance on this question, but only address it to the extent of noting that the central institutional settlement in Confederation of the claims related to the French Canadian nation took the form of creating a jurisdiction. As a result, claims with respect to this particular collective interest have been advanced in Canadian constitutional law in jurisdictional terms. The contours of the collective interest may be contested, and it may be that the ultimate justification for advancing that collective interest lies in the individuals that form the collective, but the institutional fact of the jurisdiction means that interests are articulated in terms of the polity that constitutes the jurisdiction, and thus in collective terms.

Confederation debates as evincing the concept of a multinational republican federation.

There is a real risk, however, that specific conceptions of nations will become fixed with reference to markers of ethnic identity. The Confederation debates as I have presented them are open to being interpreted in light of such a conception of nations and nationalism. According to this interpretation, representatives of groups defined exclusively by language and religion sought an institutional settlement that recognized and constituted, through jurisdictional boundaries, two nations that were defined by these markers of ethnic identity. Yet such an ethnocentric conception of nationalism would distort both the constitutional settlement and the evolving nature of the federation. Key elements of the *Constitution Act, 1867* aimed to protect the rights of minority group members who were presumed not to control the levers of power within a given political jurisdiction; these elements evidence a political desire to combat the creation of homogenous political units in which all traces of linguistic and religious difference would be effaced.³⁸

In addition, the current cultural diversity of Quebec suggests that any attempt to ascribe to it an ethnocentric identity is problematic as an empirical and normative matter. Quebec today can be understood to constitute a nation because its history is distinctive, as is its shared public culture and sense of belonging, but these elements of nationhood are not the exclusive property of any single ethnically defined group.³⁹ They represent, rather, an ongoing narrative to which members of diverse communities, as well as citizens who do not identify with any particular community, contribute. The contours and contents of that narrative are contested. It is this ongoing and fluid conversation that constitutes the Quebec nation. The authors of the Bouchard-Taylor Report have recently described the sociological fact of ethnocultural diversity in

38. See discussion of section 93 and the powers of disallowance and reservation, in H. KONG, "Republicanism", *prec.*, note 18.

39. David MILLER, *On Nationality*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

Quebec and offered a way of conceiving of the national culture that incorporates this diversity. The authors of the report write:

[T]he members of the ethnic minorities can become valuable interlocutors in the search for new questions to be asked on Québec's past. They can also substantially enrich Québec's collective memory by contributing to it their own stories. The edification and dissemination of the collective memory can contribute powerfully to making known and promoting common values.⁴⁰

This understanding of Quebec's common values, and the role of minority groups in constructing them, resonates with the idea of a nation as a contested narrative and is the very antithesis of a conception of nationalism that would define a nation on ethnocentric grounds. If membership in a nation is defined by one's willingness to contribute to the narrative project of defining the nation, rather than by criteria that are limited to those of a particular ethnocultural background, all citizens in a given polity are eligible to be considered as members of the nation. State regulation that reflects this conception of the nation will more likely take into consideration the common perceived interests of all who are affected by it than will regulation that evinces an ethnocentrically defined conception of the nation. We have seen above that domination results when regulation fails to consider these kinds of interests. To the extent that the policies of a state inevitably reflect a national identity,⁴¹ states that ascribe to an ethnocentric view of nationhood will more likely create conditions of domination than will states that adhere to the view for which this paper argues. It is for this reason that an ethnocentric view of nationalism is normatively inferior to one that conceives of nationalism more broadly and in ways that recognize the existence of diversity within the jurisdictional boundaries of the nation.

40. Gérard BOUCHARD & Charles TAYLOR, *Building the Future: A Time for Reconciliation*, Québec, Government of Québec, 2008, p. 127, online: <www.accommodements-quebec.ca/documentation/rapports/rapport-final-integral-en.pdf>.

41. See Ferran REQUEJO, *Multinational Federalism and Value Pluralism: The Spanish Case*, New York, Routledge, 2005.

B. Subsidiarity, Multinationalism, and Non-Domination

To this point, I have argued for a multinational republican understanding of Canadian federalism. I have not, however, explained how that understanding is relevant to the principle of subsidiarity. I do so now, before turning in the next section to the discussion about a general, rather than multinational, republican conception of federalism and how that general conception can incorporate the principle of subsidiarity. Recall that the principle of subsidiarity, in its canonical formulation in Canadian law, states that “law-making and implementation are often best achieved at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected and thus most responsive to their needs, to local distinctiveness, and to population diversity”.⁴² In order for this principle to be applied effectively, courts need some means of determining when its conditions are satisfied. In other words, a court intent on applying the principle would need criteria to determine when law-making is best achieved at the local level in ways that enhance regulatory responsiveness to local diversity and population diversity.

We have seen that Calabresi and Bickford have set out, in what they call “the economics of federalism”, considerations for determining when the principle of subsidiarity’s conditions are satisfied. According to the authors, U.S. states should have jurisdiction to regulate when state regulation yields the advantages that are understood to inhere in the concept of subsidiarity, including responsiveness to variations in local preferences (as evidenced by, for example, policies that facilitate efficient sub-federal competition for taxpayers). Moreover, Calabresi and Bickford argue that states should have jurisdiction when state regulation does not give rise to problems that only federal regulation can address (including negative externalities).⁴³ The concept of non-domination as it applies to multinational federations, can similarly assist courts in determining when sub-federal regulation fulfills

42. *Spraytech*, prec., note 1, par. 3.

43. S.G. CALABRESI and L.D. BICKFORD, prec., note 11.

subsidiarity's function of protecting local and, in particular, multinational diversity.

Moreover, a conception of subsidiarity that is infused by the multinational principle of non-domination can also place principled limits on federal power.⁴⁴ Such a conception would specify when the value of multinational diversity, at the local level, is threatened by federal regulation. In particular, such a conception would specify when a province charged with safeguarding such diversity is threatened by domination, in the sense set out above. Federalism doctrines that evince this multinational republican conception of subsidiarity would protect against such threats, and it is to a consideration of how federalism doctrine *in general* can instantiate this conception of federalism that I turn to in opening sections of the next Part. The paper will conclude with reflections on how Justice Deschamps's federalism jurisprudence *in particular* reflects this conception of subsidiarity. Yet before I turn to the discussion of federalism doctrine, I will extend my arguments about republican federalism beyond the multinational case. The general case will reveal that the republican account can apply to those elements of Canadian federalism that do not give rise to multinational concerns.

C. *Republican Federalism: The General Case*

Authors have made the case for a republican conception of federalism in the context of the American federation.⁴⁵ Because the United States is not a multinational federation, I call the republican argument made in that context the "general case". Although the details of the argument vary among authors, its core is that the

44. In this respect, subsidiarity helps to identify which polity and which set of democratic institutions should regulate a certain subject matter, and fulfills what Nick Barber has called the purpose of democratic structuring. See Nicholas.W. BARBER, "The Limited Modesty of Subsidiarity", (2005) 11 *Eur. L.J.* 308.

45. See e.g. Cass R. SUNSTEIN, "Interest Groups in American Public Law", (1985) 38 *Stan. L. Rev.* 29, 44; S. Candice HOKE, "Preemption Pathologies and Civic Republican Values", (1991) 71 *B.U.L. Rev.* 685; Cass R. SUNSTEIN, "Beyond the Republican Revival", (1988) 97 *Yale L.J.* 1539, 1561-62, 1578 [C.R. SUNSTEIN, "Revival"].

institutions of American federalism collectively constitute a system that aims to check forms of domination. I label the two kinds of institutional mechanisms by which domination is controlled the “perspectival” and “deliberative” checks.

Recall that domination occurs when state action fails to track the common, politically avowable interests of citizens. We have seen above that such a failure can arise in cases where a minority group is vulnerable to the will of the majority. Majorities can fail to track minority interests out of hostility or indifference, which result from the fact that the majority does not share the perspective of the minority.⁴⁶ The institutions of federalism can be understood to address some situations in which a *lack of shared perspective* is likely to result in dominating legislation. For example, when state governments, which are most attuned to the local needs of citizens, are given the power to legislate, they can counteract the risk that federal legislators who are distant from those needs will enact legislation that is indifferent to them.⁴⁷ Similarly, American federal legislators who are attuned to federation-wide concerns can enact appropriate legislation, whereas state governments that focus only on local needs may enact legislation that is indifferent to these wider concerns and may therefore harm the interests of citizens in other states.⁴⁸ Each of these justifications for federalism’s institutions thus focuses on the institutions’ capacity to counteract the risk that one order of government’s failure to adopt the relevant regulatory

46. See H. KONG, “Republicanism”, prec., note 18. Scholars writing about discrimination in the disability argue that the absence of a shared perspective can lead a majority to construct a social understanding of a minority group that imposes on the latter disadvantages that amount to discrimination. See e.g. Diane POTHIER, “Miles to Go: Some Personal Reflections on the Social Construction of Disability”, (1992) 14 *Dal. L.J.* 526.

47. See S.C. HOKE, prec., note 45, 710-11.

48. Scholars have characterized this basis for federal legislative power as being grounded in a concern about negative externalities. See e.g. Jonathan R. MACEY, “Federal Deference to Local Regulators and the Economic Theory of Regulation: Toward a Public-Choice Explanation of Federalism”, (1990) 76 *Va. L. Rev.* 265.

perspective will yield legislation that is dominating, in the sense set out above.

In addition to this perspectival function, the institutions of federalism can promote *deliberation*. We saw above that domination can arise when state action results from exercises of factional will, and in particular when the state fails to offer a reasoned justification for its actions. Republican theorists have argued that governance mechanisms that facilitate deliberation and require justifications for state action can counter this threat of domination.⁴⁹ According to a republican conception of American federalism, the legislatures of each order of government were designed to be forums of this kind of deliberation, as were the courts.⁵⁰ In this understanding, each of these forums was to be a site in which the constitutional allocation of jurisdiction was debated and discussed. A federal system does not *guarantee* that such deliberation will occur within these bodies. However, deliberation and reason-giving is more likely to arise when different orders of government call one another to constitutional account, than in a system in which those who hold political power are not required to justify their exercises of power in constitutional terms. In addition, some authors argue that because state and local governments are most accessible to citizens, they are the primary vehicles through which citizens can engage deliberatively in political life.⁵¹ Hoke, for instance, argues that “subnational governments’ primary role should be to serve as the vehicles through which citizens attempt to shape their world — not merely their locality”.⁵² When citizens engage in deliberation through these sub-federal

49. See e.g. Philip PETTIT, *On the People’s Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 433.

50. See e.g. C.R. SUNSTEIN, “Revival”, *prec.*, note 45.

51. See S.C. HOKE, *prec.*, note 45, 712-13.

52. *Id.*, 713.

legislative bodies, the republican argues, they exercise self-rule and reduce the risk of domination by factions.⁵³

How, then, should we distinguish the general republican conception of federalism from the multinational one discussed above? The distinction turns on notions of affiliation. In the United States, residents of particular states do not typically conceive of themselves as compatriots by virtue of their state citizenship. Instead, these residents locate their sense of patriotism at the federal level, and thus the nation that they belong to is the American nation. There is only one nation, whose locus of authority and loyalty lies in the federal government.⁵⁴ Authors have argued in the Canadian context that citizens who reside in provinces other than Quebec similarly conceive of themselves as members of the Canadian nation, for whom the locus of authority and loyalty is the federal government.⁵⁵

Nonetheless, under the more general republican conception of federalism that I have just sketched out, citizens of any Canadian province or U.S. state would resist domination by the federal government because such domination exacerbates the risk of factional rule. A federation in which the federal government is unconstrained would lack checks that safeguard citizens against legislation enacted from a perspective which fails to account for their local interests. In addition, an unconstrained federal government would be empowered to act in response to the exigencies of political will alone, rather than for reasons that are

53. This deliberative argument can be tied to the perspectival one. One might argue that because sub-federal governments are the primary loci of citizen deliberation, there should be a presumption that they have jurisdictional authority. That presumption would, however, be defeated and the federal government would have jurisdiction when a provincial government fails to consider the interests of citizens who live in other provinces. For an argument along these lines, see the discussion of YOUNG, *infra*, note 62.

54. See S.G. CALABRESI, *prec.*, note 23.

55. See e.g. Jeremy WEBBER, *Reimagining Canada: Language, Culture, Community and the Canadian Constitution*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1994. See also Jacob T. LEVY, "Self-Determination, Non-Determination, and Federalism", (2008) 23 *Hypatia* 70.

expressed in constitutionally defined jurisdictional terms. Moreover, the division of powers is necessary, according to the robust republican conception articulated by Hoke, because provincial or state legislatures are forums of deliberation in which citizens are best able to exercise their deliberative capacities and therefore resist domination by factions within the provinces or the states.

In this Part, I have argued for two versions of the republican conception of federalism. The first, multinational version conceives of jurisdictional boundaries as limits on the capacity of the federal government to dominate sub-federal national communities. The second, general version conceives of jurisdictional boundaries as mechanisms to check factional will and to induce political deliberation. In both cases, the principle of non-domination specifies when the values entailed by the concept of subsidiarity are threatened. According to a multinational republican conception of federalism, local diversity in a multinational federal state is preserved if the politically avowable interests of sub-federal national communities are protected. Similarly, the general republican conception of federalism identifies means by which the principle of subsidiarity is safeguarded. According to this conception, the constitutional division of powers (1) limits the risk that a federal government will fail to adopt a relevant, local perspective and cannot be justified in constitutional terms, and (2) enables provincial legislatures to function as deliberative forums for citizens. The argument in this Part has been presented at a high level of abstraction. In the next Part, we shall see how these abstract arguments about republicanism and the principle of subsidiarity play out in concrete doctrinal terms.

Part II: Republicanism, Subsidiarity, and Federalism Doctrine

It is perhaps helpful to begin our discussion of the relationship between the principles of non-domination and subsidiarity on the one hand, and federalism doctrine on the other, by recalling the effects of being subject to domination. One who is subject to the arbitrary will of another individual or of the state

suffers in three ways: (1) from uncertainty about when her interests will be interfered with, (2) from having to constantly act with strategic deference towards the dominating party, and (3) from not being able to engage with the dominating party as an equal.⁵⁶ We saw above that the constitutional entrenchment of the jurisdiction of Quebec aimed in part to protect French Canadians from the effects of being subject to the arbitrary will of the English Canadian majority. We saw also that under a general republican conception of federalism, provinces have an interest in protecting their jurisdiction, because unconstrained federal authority increases the risk that federal power will be exercised without considering relevant provincial interests. Yet mere entrenchment is not sufficient to safeguard against domination. The rules that police jurisdictional boundaries may subject a province to domination by giving federal powers an unlimited scope or by permitting the federal government to act for reasons that are unrelated to the constitution's norms. Open-ended federal powers place the federal government in the position of being able to interfere persistently with provincial interests, while constitutionally unconstrained powers enable the federal government to act for reasons of political will alone. Such action, according to the republican theorist, is arbitrary. Such arbitrary action violates the principle of subsidiarity because it undermines the capacity of provinces, as the governments closest to the people, to be responsive to their needs. It also undermines the provincial governments' capacity to protect the distinctiveness of their political communities and to safeguard diversity within the federation. Federalism doctrine can constrain this form of arbitrary action and thus serve the aims of subsidiarity in at least two ways.

A. *Federalism Doctrine and Non-Domination*

First, federalism doctrine can ensure that no order of government has so extensive a *scope* of jurisdiction that it eliminates the other jurisdiction's effective regulatory capacity. The

56. See P. PETTIT, *Republicanism*, prec., note 22, p. 87.

very purpose of the *Parsons* doctrine of mutual modification is to protect against this outcome. The reasoning in *Citizens Insurance Co. v. Parsons*⁵⁷ aims to prevent either the broadly phrased federal trade and commerce power or the broadly phrased provincial property and civil rights power from being interpreted so expansively that the other power has no meaningful content.⁵⁸ Moreover, in federations with conflict rules that favor the federal order, it is particularly important to ensure that the federal powers are not over-weaning, even if provincial powers have a similarly broad scope. If the federal government has an effective capacity to regulate without constitutional constraint in areas where the provinces also have jurisdiction, provincial regulation will be under constant threat of being rendered inoperative because of the conflict rule.⁵⁹ Such a constant threat of interference exposes all provinces to a risk of domination and is particularly harmful to sub-federal jurisdictions that are loci of national identity, as it undermines the capacity of provincial governments to regulate in ways that affirm that identity.

In addition to limiting the *scope* of jurisdictional authority, federalism doctrine can specify what *kinds of reasons* governments may consider when legislating. In particular, federalism doctrine in Canada controls the risk that a government will act for reasons of political will alone, and not be constrained by constitutionally imposed jurisdictional limits. These risks give rise to republican concerns because each order of government has what Pettit would call a common perceived interest in ensuring that the other order's actions be limited by constitutional norms. Controversies in Canadian federalism often arise when the scope of jurisdictional

57. *Citizens Insurance Co. v. Parsons*, [1881] 7 A.C. 96 (P.C.).

58. On this point, see William Ralph LEDERMAN, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada*, Toronto, Butterworths, 1981, p. 274.

59. For this concern, see generally Bruce RYDER, "The End of Umpire? Federalism and Judicial Restraint", (2006) 34 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 345; Eugénie BROUILLET, "The Federal Principle and the 2005 Balance of Powers in Canada", (2006) 34 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 307.

authority and the degree of deference to be given to the political branches' judgements about jurisdiction are at issue, and such controversies sound in the language of domination.⁶⁰ Because of the doctrine of paramountcy, the threat of domination is particularly acute for the provinces. If the federal government is given extensive jurisdiction to regulate in areas that touch on provincial interests, and if, because it has been granted essentially unlimited deference with respect to its jurisdictional judgments, it can do so for reasons of political will alone, then the provinces will be vulnerable to persistent and arbitrary interference from the federal government. This kind of interference would be arbitrary, in the sense articulated by Pettit, because the reasons behind the governmental action would not track the common perceived interests of the provinces in having their jurisdiction safeguarded by constitutional limits. And because Quebec is a vehicle for national aspirations, this degree of vulnerability places it in a specific relationship of domination vis-à-vis the federal government.

Before I demonstrate how Justice Deschamps's jurisprudence has sought to limit the scope of federal authority and controlled the reasons for which the federal government can act, and thereby sought to advance the principle of subsidiarity, by reducing the risk of domination in the Canadian federation, I will address a debate between political theorists about whether the concept of non-domination can assist in deciding jurisdictional questions. If skepticism about the concept's utility in this respect is warranted, then we would have reasons to doubt whether it should be incorporated into judicial doctrine, irrespective of whether existing doctrine can be interpreted to incorporate it. In what follows we shall see that this skepticism is unwarranted.

60. For analyses of the criminal law and spending powers that exhibit a similar concern for the scope, justification and application of open-ended federal powers, see H. KONG, "Beyond Functionalism", *prec.*, note 16; Hoi KONG, "The Spending Power, Constitutional Interpretation and Legal Pragmatism", (2008) 34 *Queen's L.J.* 305.

B. Non-Domination and Non-Interference: Levy's Objection to Young

In her later writings, Iris Marion Young articulated a theory of federalism as non-domination that has been criticized by Jacob Levy.⁶¹ Young argued that a "prima facie principle of non-interference in the internal jurisdiction of a self-determining unit may be suspended" under four conditions: (1) to prevent domination by one unit of another; (2) to prevent the domination within a unit of some members of that unit; (3) to prevent one unit's engaging in self-regarding activities that harm other units; and (4) to facilitate the capacity of particular units to meaningfully pursue autonomy and interact and negotiate with other units.⁶² Levy challenges the claim that non-domination can function as a jurisdictional principle.

According to Levy, jurisdictional rules are by their very nature institutionalized decision-making rules, and these cannot reliably function "if, in order to know who has the authority to decide a particular question, the merits of the question must first be decided".⁶³ The use of non-domination as a jurisdictional principle, argues Levy, requires a decision-maker to decide the merits of political units' actions in order to apply the decision rule and therefore introduces an unacceptable level of uncertainty and instability into decision-making. By contrast, Levy contends, a rigid and clear rule of non-interference is a true decision rule that allocates rights to political units.⁶⁴ Finally, Levy suggests that non-domination may function as the standard that decides *ex ante* which polity within a federation ought to have jurisdictional authority over which matters, but once that determination is made,

61. For a description of the theory and a statement of the criticism, see J.T. LEVY, *prec.*, note 55.

62. Iris Marion YOUNG, *Global Challenges: War, Self-Determination and Responsibility for Justice*, Cambridge, Polity Press, 2007, p. 66 [I.M. YOUNG, *Global Challenges*].

63. J.T. LEVY, *prec.*, note 55, 70.

64. *Id.*, 72.

the question of who has jurisdiction over a particular quotidian matter should be governed by a strict rule of non-interference.⁶⁵

I would like to engage Levy over the question of the role that the principle of non-domination can play in the judicial resolution of federalism disputes. The first thing to note is that jurisdictional rules as they actually exist in federations are persistently open to interpretation. Even relatively bright line rules of jurisdiction, such as those the Privy Council articulated, were open to interpretation in difficult cases.⁶⁶ Because no jurisdictional rule is so rigid that it can be applied without interpretation, the question in any given constitutional dispute is how a jurisdictional rule *should be* interpreted. The question courts typically answer in constitutional disputes over the division of powers is whether a particular political unit has jurisdiction over a specific area of regulation. Of course, once that area has been allocated to a particular unit, one might say that that unit has a presumptive right of non-interference, but the principle of non-interference cannot enter into the determination of whether the unit has jurisdiction in the first place. Non-interference is the *result* of the application of a jurisdictional principle. It cannot provide the content of the jurisdictional principle itself.

Moreover, circumstances inevitably arise in federations when one piece of legislation, validly enacted by one political unit, enters into conflict with another piece of legislation, which is validly enacted by a second political unit. In these circumstances, one of the pieces of legislation prevails and, as a result, the prevailing legislature regulates in an area that the other legislature had jurisdiction to regulate. That second legislature therefore has its rights of non-interference compromised and, moreover, its legislative autonomy is limited because it is prevented from pursuing legislative ends that are within its jurisdiction to pursue. What is at issue in such cases is how to determine when

65. *Id.*, 75.

66. See Hoi KONG, "The Forms and Limits of Federalism Doctrine", (2008) 13 *Rev. Const. Stud.* 241, 250 [H. KONG, "Forms and Limits"] and the examples cited therein.

interference is *justified*. The jurisdictional rules do not, therefore, enforce a rigid rule of non-interference.

The positive law suggests that the principle of non-domination can operate in conjunction with a presumption of non-interference to yield a relatively stable set of institutionalized decision rules for a federation. The manner in which this set of rules operates is suggested by Young when she states that non-interference is a *prima facie* rule.⁶⁷ In Canada, provinces enjoy a presumption of non-interference in their areas of jurisdiction, but that presumption is subject to an exception when there is jurisdictional conflict. Moreover, the content of the rules defining provincial jurisdiction and regulating conflicts can sometimes be shaped by the principle of non-domination. In the Canadian federation, an ensemble of doctrinal rules orders the relationship between the federal and provincial governments, and we shall soon see that the incorporation of the principle of non-domination into specific rules does not render that framework unacceptably unstable. Now that we have answered a general theoretical objection to the invocation of non-domination as a jurisdictional principle, we can turn our attention to a specific doctrinal illustration of how this principle functions.⁶⁸

C. *Non-Domination and the Federalism Jurisprudence of Justice Deschamps: the Criminal Law Power*

In the *AHRA Reference*, Justice Deschamps, writing with Justice Lebel, reasoned that in order for legislation to fall within the criminal law power, its purpose must be to “suppress an evil”.⁶⁹ The Justices added that this purpose requirement can only be satisfied

67. Young argued that the principle of non-interference for political units was “the *prima facie* principle in the internal jurisdiction of a self-determining unit” (I.M. YOUNG, *Global Challenges*, prec., note 62, p. 66).

68. The following discussion of the *AHRA Reference*, prec., note 4, draws on material previously published in H. KONG, “Beyond Functionalism”, prec., note 16.

69. *AHRA Reference*, prec., note 4, at par. 233.

if the federal government has “a concrete basis and a reasoned apprehension of harm”⁷⁰ and if the conduct targeted is “inherently harmful”.⁷¹ The Justices fleshed out what they meant by “inherently harmful” conduct as they worked through the precedents and identified specific conduct in each of the cases considered that gave rise to risks of harm that could be reasonably apprehended.⁷² Justices LeBel and Deschamps that with respect to the impugned provisions of the *Act* being *ultra vires*, Parliament did not act on the basis of a concrete and reasoned apprehension of harm. This comes out most clearly when the Justices wrote that “all activities related to assisted human reproduction are regulated, not just specific ones that Parliament could theoretically have considered — but in fact did not consider — reprehensible”.⁷³ This passage suggests that in the Justices’ view, it *would have been possible* for Parliament to have had as its legislative purpose the targeting of activities that gave rise to a risk of harm. However, on the present facts, Justices LeBel and Deschamps reasoned that Parliament did not have such an objective and, therefore, that the impugned provisions were not supported by a valid criminal law purpose.⁷⁴

Justices LeBel and Deschamps’s reasons have implications for how broadly they read the criminal law power and how they understand the role of judges in constitutional adjudication. For Justices LeBel and Deschamps, the requirement of suppressing evil applies to all the specific examples of valid public purposes that are invoked in the case law, including the public purpose of morality.⁷⁵ By contrast, for the Chief Justice the valid public purpose requirement can be satisfied if legislation aims simply to address “a

70. *Id.*, par. 238.

71. *Id.*, par. 251.

72. *Id.*, par. 237.

73. *Id.*, par. 250.

74. I believe this reading of the reasoning answers concerns that Justices LeBel and Deschamps’s definition of the criminal law power is overbroad. For such a concern, see Barbara VON TIGERSTROM, “Federal Health Legislation and the Assisted Human Reproduction Act Reference”, (2011) 74 *Sask. L. Rev.* 33.

75. *AHRA Reference*, prec., note 4, at par. 238.

moral concern of fundamental importance”.⁷⁶ Justices LeBel and Deschamps’s version of the public purpose requirement is narrower and therefore more restrictive of Parliament’s power to legislate under the criminal power than is the Chief Justice’s version. Moreover, the reasons of Justices LeBel and Deschamps evidence their greater faith in the capacity of judges to make categorical distinctions. In applying the test proposed by those Justices, a court would be obliged to distinguish inherently harmful conduct from other kinds of conduct and would have to identify a concrete basis for a reasonable apprehension of harm. The Chief Justice’s deferential test requires much less of courts; it is the additional burden imposed on courts by her colleagues that leads her to charge them with “substitut[ing] a judicial view of what is good and what is bad for the wisdom of Parliament”.⁷⁷ According to the Chief Justice, her colleagues’ approach would “break new ground in enlarging the judiciary’s role in assessing valid criminal law objectives”.⁷⁸ The Chief Justice’s concern can be understood to bear on the Court’s capacity to undertake such an expanded role, or the democratic legitimacy of its doing so. Justices LeBel and Deschamps do not in their reasons express these concerns, and in what follows, we shall see the republican significance of their stance.

The reasons of Justices LeBel and Deschamps control both the scope of the criminal power and the reasons for which the federal government can act under that power. Their definition of the criminal law power would limit the number of instances in which Parliament could validly legislate and be in a position to render provincial legislation inoperative. Moreover, one concern with a highly deferential and open-ended criminal law standard, such as the one that the Chief Justice adopts, is that it might permit

76. *Id.*, par. 50.

77. *Id.*, par. 76. For the division of power significance of this constraint, see John D. WHYTE, “Federalism and Moral Regulation: A Comment on Reference Re *Assisted Human Reproduction Act*”, (2011) 74 *Sask. L. Rev.* 45.

78. *Id.*, 76.

Parliament to act for reasons that do not take into consideration the relevant constitutional interests. By contrast, a more exigent standard would compel Parliament to formulate purposes that are relevant to the applicable constitutional norm.⁷⁹ It is, of course, one consequence of a highly deferential judicial posture that courts do not examine closely the reasons that motivate government action. In the *AHRA Reference*, such a posture would not require courts to examine closely the reasons behind Parliament's invocation of a valid criminal purpose, and as a result would not impose a significant burden on Parliament to offer a constitutional justification for its actions. It is worth noting that a requirement to provide jurisdictional reasons would not on its face create an unacceptably wide scope of judicial discretion. Indeed, the multi-factored balancing tests that the Court has enunciated under the peace, order and good government power and the general trade and commerce power have been applied by courts for decades.⁸⁰ If judges are able to apply those tests without usurping legislative power or introducing an unacceptably high level of uncertainty into the constitutional framework, it is unclear why the LeBel-Deschamps version of the criminal law power would be problematic.

The effects of the LeBel-Deschamps definition of the criminal law power can be understood as evincing the general and the multinational republican conceptions of the Canadian federation and as giving content to the principle of subsidiarity. Under the general conception, these effects preserve a sphere of legislative autonomy which allows provincial legislatures, and enables citizens exercising their democratic agency through those legislatures, to check over-weening exercises of federal power and the threats of domination to which these give rise. Moreover, under the multinational republican conception of the federation, the fact of the jurisdiction of Quebec facilitates the flourishing of a national

79. In this respect, I aim to avoid the costs of what Joseph Arvay called the "positivist perspective" of the criminal law power. See Joseph J. ARVAY, "The Criminal Law Power in the Constitution: And Then Came *McNeil* and *Dupond*", (1979) 11 *Ottawa L. Rev.* 1, 5.

80. For a formalist critique of these multi-factor doctrinal tests and its implications, see H. KONG, "Forms and Limits" *prec.*, note 66, 249-50.

interest and protects that interest from the threat of domination. Yet the mere existence of the jurisdiction will not protect that interest if judicial doctrine is formulated in ways that give the federal government powers that enable it to regulate deeply in areas of provincial jurisdiction and for reasons of political will alone, rather than for reasons that have constitutional significance. Such broad and unconstrained powers, when combined with the doctrine of paramountcy, would subject the provinces to persistent uncertainty about when their constitutionally significant interests would be interfered with. To suffer from this degree of uncertainty is to be subject to domination. Reasons that limit the scope of federal powers and subject to meaningful scrutiny the kinds of justifications that Parliament invokes protect the provinces against such domination. And by protecting Quebec, these types of reasons protect a key multinational element of Canadian federalism. Indeed, a multinational concern was present in the *AHRA Reference* insofar as the federal legislation implicated matters regulated by the Civil Code of Quebec, which is itself a "civil constitution".⁸¹ Those who understand the Civil Code to be an essential element of the national character of Quebec might see the multinational significance of Justices LeBel and Deschamps's concerns⁸² about federal duplication of Civil Code provisions in the *AHRA Reference*.

We have seen that the principle of subsidiarity aims to preserve local variation and diversity within a federation. The principle of non-domination, in its general and multinational forms, gives content to this aspiration by specifying what counts as a constitutionally significant form of diversity. And the constitutional reasoning of Justice Deschamps in the *AHRA Reference* provides a concrete example of how a multinational form of diversity can be preserved in the Canadian federation. The general case suggests that other forms of diversity can also be preserved by constitutional doctrines that aim to limit federal powers and to impose on Parliament a meaningful burden of justification. The arguments in this Part are therefore applicable across the full range of

81. See Jean CARBONNIER, "Le Code civil", in Pierre NORA (ed.), *Les lieux de mémoire*, vol. 2, *La Nation*, Paris, Gallimard, 1997, p. 1331.

82. *AHRA Reference*, prec., note 4, par. 225.

constitutional doctrines and should not be understood to be limited to the illustrative example selected for this paper.

Conclusion

This paper has drawn on the resources of republican political theory in order to explain features of Canadian federalism and to offer prescriptions about how the federation should be structured, in ways that accord with the principle of subsidiarity. In addition, the paper has attempted to offer a normatively defensible version of nationalism that can provide theoretical and doctrinal resources for resolving disputes that arise in multinational federations. There are potential pitfalls that are associated with the approach adopted in this paper. One might, for instance, be tempted to adopt a normative theory that is ill-suited for the legal order under analysis. This pitfall can, however, be avoided by carefully attending to the specific characteristics of the relevant legal order and modifying the normative theory selected in light of them. Another pitfall lies in assuming that one can apply a normative theory directly to legal disputes, without considering the limits of legal institutions. An analysis that is insensitive to such limits may ask of courts more than they are capable of delivering. One might, for example, expect judges to redress conditions of injustice that lie beyond their capacity to address. The jurisprudence of Justice Deschamps provides an example of how this pitfall can be avoided. Her reasons exhibit a deep understanding of the normative theories that are relevant to the interpretation and application of constitutional provisions, and an acute awareness of the limits of judicial competence. This principled pragmatism is one of the many reasons for which her jurisprudence is worthy of celebration, and it is evident in her adept handling of the principle of subsidiarity and its republicanism-related virtues.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE ET ARMES À FEU : LE FÉDÉRALISME
COOPÉRATIF DANS LA LIGNE DE MIRE?

Auteur(s) : Johanne POIRIER

Revue : *RDUS*, 2015, volume 45, numéro 1-2

Pages : 47-131

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9923>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9923>

Page vide laissée intentionnellement.

SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE ET ARMES À FEU : LE FÉDÉRALISME COOPÉRATIF DANS LA LIGNE DE MIRE?

par Johanne POIRIER*

Depuis plusieurs années, le principe du fédéralisme coopératif a rempli deux fonctions dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. D'une part, il a favorisé une reconnaissance, de facto ou de jure, de chevauchements de compétences. D'autre part, il a permis aux juges d'écarter des obstacles à la normativité en réseau. Cette conception d'un fédéralisme « souple » ou « moderne » tranche avec la structure officiellement « dualiste » du fédéralisme canadien et invite les pouvoirs législatifs et exécutifs de divers ordres de gouvernement à coopérer. L'arrêt de 2015 relatif à l'abolition du registre des armes d'épaule offre un terreau fertile pour analyser une troisième fonction du fédéralisme coopératif, qui émerge lorsque les autorités publiques de divers ordres de gouvernement ne coopèrent pas, ou plus, ou souhaitent agir de manière unilatérale en dépit d'arrangements coordonnés préexistants. Dans cette affaire, la Cour suprême a refusé de revoir sa vision maximaliste du principe la souveraineté parlementaire - l'un des piliers du fédéralisme « dualiste » - à la lumière du fédéralisme coopératif. Elle a ainsi implicitement refusé de reconnaître aux divers législateurs une quelconque obligation d'agir de bonne foi, en raison du contexte fédéral dans lequel ils évoluent. Bien qu'une dissidence robuste réitère son engouement pour le fédéralisme coopératif, elle le fait en procédant à une réévaluation particulièrement contextualisée des compétences législatives en l'instance, plutôt que par la reconnaissance d'une quelconque forme de « loyauté fédérale ». Il en résulte une coexistence malaisée des conceptions « dualiste » et « coopérative » du fédéralisme dans la jurisprudence constitutionnelle canadienne.

Over the years, the Supreme Court of Canada has evoked the principle of cooperative federalism to promote a de facto or de jure legislative overlap. It has also used cooperative federalism as a justification for removing (or ignoring) technical obstacles to the normative networks on which cooperative arrangements rest, and which belie the profound dualist nature of the official Canadian federal architecture. The Court's 2015 ruling on the abolition of the Long-gun registry by federal authorities offers a fertile ground for reflecting on a third dimension of cooperative federalism, which arises when federal partners do not – or no longer – wish to collaborate. In that decision, the Court refused to revisit its maximalist understanding of Parliamentary sovereignty - one of the pillars of the “dualist” conception of federalism - in light of cooperative federalism. It thus implicitly refused to infuse constitutional law with any obligation on the part of federal partners to act in good faith in their dealings with one another. While a robust dissenting opinion reasserts a commitment to cooperative federalism, it does so through a strongly contextualised assessment of the distribution of competences, rather than by any recognition of some form of “federal loyalty”. The end-result is an uneasy co-existence of two distinct – and contradictory – conceptions of federalism in Canadian constitutional law.

*. Professeure, Faculté de droit, Université libre de Bruxelles. A compter du 1^{er} août 2015, occupera la Chaire MacKell sur le fédéralisme à la Faculté de droit de l'Université McGill. Je tiens à remercier le Conseil international d'études canadiennes pour son soutien financier, de même que Paul Daly, Jean Leclair, Jean-François Gaudreault-Desbiens, Hugo Cyr et l'honorable Marie Deschamps pour des échanges percutants sur l'évolution du fédéralisme canadien. Mes remerciements également à Nour Rashid et Frédérique Bourque pour leur efficace assistance de recherche et à Alexis Millette qui m'a gentiment transmis certaines données initiales d'une thèse de doctorat des plus prometteuses sur le fédéralisme coopératif.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	49
I. DÉFENDRE LE PRINCIPE FÉDÉRAL : OUI, MAIS LEQUEL?	52
I.1 Le fédéralisme « dualiste » et le fédéralisme « administratif » : deux logiques distinctes	54
I.2 Les principes de subsidiarité et de loyauté fédérale : parties intégrantes du fédéralisme coopératif?	59
I.3 Les difficultés résultant des transformations <i>ad hoc</i> du fédéralisme dualiste en fédéralisme administratif	62
II. LE FÉDÉRALISME CANADIEN : VALSE-HÉSITATION ENTRE DUALISME ET COOPÉRATION	65
II.1 Le système fédéral canadien : une architecture largement dualiste	66
II.2 Vers une concurrence <i>de jure</i> et <i>de facto</i> des compétences législatives et un appel à la subsidiarité.....	70
II.3 Les tensions entre la normativité en réseau et le droit positif dualiste	74
III. LA SOUVERAINÉTÉ PARLEMENTAIRE ET LE PRINCIPE DU FÉDÉRALISME COOPÉRATIF : DEUX VOIES PARALLÈLES ?	80
III.1 La souveraineté parlementaire : un principe constitutionnel sous-jacent?	80
III.2 La souveraineté parlementaire : garante du fédéralisme dualiste	83
III.3 La souveraineté parlementaire à la lumière du fédéralisme coopératif	87
III.4 L'imposition d'une obligation de bonne foi aux exécutifs : une solution de compromis?	92
III.5 Vers l'émergence d'une obligation d'agir de bonne foi dans les rapports entre partenaires fédéraux?	97
IV. L'ABOLITION DU REGISTRE D'ARMES D'ÉPAULE : LA COEXISTENCE MALAISÉE DES CONCEPTIONS DU FÉDÉRALISME COOPÉRATIF ET DU FÉDÉRALISME DUALISTE	102
IV.1 Un contexte factuel et normatif complexe et contesté	106
IV.2 Le fédéralisme coopératif et la répartition des compétences	114
IV.3 Le fédéralisme coopératif c. la souveraineté parlementaire	119
III.4 Les tribunaux : promoteurs et/ou gardiens du fédéralisme coopératif?	122
CONCLUSIONS	124

« Appuyons-nous sur les principes,
ils finiront toujours par céder »
Edouard Herriot

INTRODUCTION

Le *fédéralisme* est l'un de ces termes à géométrie variable dont le sens varie selon les contextes historiques, idéologiques et institutionnels. Dans sa plus simple expression, le fédéralisme est un concept politique qui se traduit par un équilibre souvent fragile entre l'autonomie d'entités constitutives et l'action conjointe des partenaires de la fédération¹. La combinaison de ces binômes unité/diversité, autonomie/participation, *joint rule/self-rule* peut se concrétiser dans des architectures institutionnelles fort diversifiées, de nature étatique ou non. L'incarnation concrète des grands principes du fédéralisme emprunte des voies variables et génère des systèmes complexes, avec une logique interne qui leur est propre.

Le fédéralisme est au cœur du régime politique et de l'architecture constitutionnelle du Canada. Or, coexistent, tant dans la pensée politique que dans l'interprétation jurisprudentielle canadienne, des conceptions du fédéralisme qui divergent selon

-
1. Ronald L. WATTS, *Comparing Federal Systems*, 3^e éd., McGill-Queen's University Press, 2008, p. 1. Certains auteurs utilisent le terme « solidarité » pour décrire le volet d'action conjointe et de participation : Jean LECLAIR, « Vive le Québec libre! Liberté(s) et fédéralisme », (2010) 3 R.Q.D.C. 1, 9. Pour d'autres, « solidarité » renvoie davantage à un sentiment d'appartenance à un collectif : Hugo CYR, « The Distinctive Federal Imaginary », (décembre 2013), en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2355262> (consulté le 20 août 2014). Pour ma part, dans une tradition sans doute plus européenne, je réserve le terme « solidarité » à sa dimension redistributive : voir Johanne POIRIER, « Protection sociale et (dé)construction de la citoyenneté dans les fédérations multinationales », dans Jane JENSON, Bérangère MARQUES-PERRERA et Éric REMACLE (dir.), *L'état des citoyennetés en Europe et dans les Amériques*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2007, p.195-214, dans lequel j'aborde l'hypothèse de « cercles concentriques » de solidarité dans les contextes d'identités imbriquées.

les époques, les valeurs dominantes ou la compréhension de la raison d'être du système. Pour certains, il s'agit essentiellement d'un mode d'organisation permettant de gérer un vaste territoire et qui doit reposer sur une vision d'égalité des provinces. Pour d'autres, le Canada est une fédération multinationale, qui par essence se doit d'admettre certaines formes d'asymétrie (au nom, justement, d'une forme d'égalité et de justice). Certains déplorent des tendances centripètes, d'autres alimentent des mouvements centrifuges. D'autres encore font le constat de mouvements entre ces pôles, selon les domaines d'intervention et les périodes.

Ainsi, lorsque la jurisprudence canadienne évoque le principe constitutionnel sous-jacent du fédéralisme², de quel fédéralisme s'agit-il? Quelles valeurs traduit-il? Quelles formes institutionnelles ou règles d'interprétation lui rendent justice? Quel impact doit-il avoir sur l'évolution de la fédération et le comportement des acteurs publics? Autrement dit, quelles conceptions du fédéralisme, parmi la pléthore d'options possibles, informent cette jurisprudence? Évoquer, en soi, le principe du fédéralisme, sans en spécifier davantage les éléments fondamentaux, est peu opérationnel. De toute façon, sa seule évocation cachera inmanquablement des conceptions sous-jacentes, une vision implicite de ce que devrait être un système fédéral particulier.

Certains auteurs ont souligné l'absence d'une conception normative du fédéralisme canadien, notamment dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada³. Dans un état complexe, démocratique et multiple, il est peu probable, voire peu souhaitable, que l'on puisse arrêter une conception faisant

2. *Renvoi relatif à la Sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

3. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The Canadian Federal Experiment, or Legalism without Federalism? Toward a Legal Theory of Federalism », dans Manuel CALVO-GARCIA et William L.F. FELSTINER (dir.), *Federalismo/Federalism*, Oñati, Dykinson, Instituto Internacional de sociología jurídica de Oñati, 2004, p. 81-135; Sujit CHOUDRY et Robert HOWSE, « Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference », (2000) 13 *Can. J.L. Juris* 143.

l'unanimité, et ce, sur une base immuable. Cela dit, certaines balises, notamment institutionnelles, doivent guider les interprètes de la Constitution fédérale et au premier chef, la Cour suprême du Canada. Or, l'absence de consensus, voire les contradictions et les mutations, semblent imprégner la jurisprudence de cette dernière. En particulier, la coexistence de deux conceptions distinctes du fédéralisme sous la plume des juges correspond largement à la coexistence d'une pratique enchevêtrée qui s'éloigne parfois, sans l'écarter entièrement, d'une architecture institutionnelle largement « pilarisée », ou « en silos cloisonnés ».

Ainsi, le fédéralisme dualiste classique fournit la charpente du régime fédéral canadien qui repose notamment sur des pyramides parallèles, formées de normes unilatérales, adoptées par chacun des ordres de gouvernement⁴. Dans ce contexte, le principe de la souveraineté parlementaire, dont chaque ordre est également doté, est présenté comme garant de l'autonomie de chaque partenaire de la fédération. De plus, les contrôles parlementaire et judiciaire sont également foncièrement cloisonnés, reflétant et renforçant ainsi le caractère dualiste du système fédéral canadien.

Par contre, le fédéralisme coopératif découle d'une pratique riche en interdépendances auxquelles le pouvoir judiciaire ne souhaite pas placer d'entraves. Bien au contraire, depuis une dizaine d'années, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada prône un fédéralisme coopératif, « moderne » et « souple » qui favorise un chevauchement de compétences (sans que les juges ne renoncent pour autant à leur pouvoir de tracer des frontières entre compétences législatives fédérales et provinciales). De plus, les juges font montre d'une retenue judiciaire remarquable face à des aménagements coopératifs complexes qui mettent parfois à mal des règles traditionnelles de droit public, qui sont, elles, élaborées dans un contexte dualiste. En facilitant la pratique de la coopération entre partenaires fédéraux, les juges contribuent à

4. Ce terme est défini et exploré *infra*, partie I.1.

transformer de manière graduelle les fondements de la fédération canadienne.

À ce jour, toutefois, cette réingénierie prétorienne se limite à conforter la coopération, et non pas à sanctionner la non-coopération entre partenaires de la fédération. Autrement dit, lorsque les autres branches du gouvernement ne souhaitent pas coopérer, ou se retirent unilatéralement d'arrangements coopératifs, la portée normative du fédéralisme coopératif semble atteindre ses limites, et les juges font à nouveau appel à une conception plus dualiste de la fédération canadienne.

Divisé en quatre parties, le présent article vise à décoder cette valse-hésitation. La première partie identifie des distinctions structurelles et fondamentales entre le fédéralisme dualiste et le fédéralisme « administratif » et coopératif et soulève certaines difficultés liées au passage parfois improvisé de l'un vers l'autre. La seconde examine l'architecture largement dualiste du fédéralisme canadien et retrace brièvement l'évolution jurisprudentielle récente qui avalise certains aspects du fédéralisme coopératif. La troisième explore le possible impact de ce dernier sur la souveraineté parlementaire, jusqu'ici conçue comme l'un des piliers du système fédéral dualiste. Enfin, la quatrième partie souligne la tension entre ces deux conceptions du principe du fédéralisme dans le litige relatif à l'abolition du registre des armes d'épaule⁵.

I. DÉFENDRE LE PRINCIPE FÉDÉRAL : OUI, MAIS... LEQUEL?

Dans le cadre de mes enseignements sur le fédéralisme comparé, je propose à mes étudiants une grille d'analyse (en constante évolution) composée de plus de vingt-cinq critères permettant de distinguer – et de qualifier – les systèmes fédéraux. Certains sont contextuels, d'autres structurels, d'autres encore

5. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14 (ci-après « Décision sur le registre des armes à feu », CSC, 2015).

nécessitent une forme d'évaluation. En dépit des simplifications que ce type de typologie peut entraîner, l'objectif didactique est de générer une réflexion sur la réalité protéiforme du fédéralisme et de développer un « vocabulaire conceptuel » commun afin d'appréhender, dans sa complexité, le phénomène fédéral.

Dans cette typologie, le système fédéral canadien apparaît, entre autres, comme ancien et évolutif, issu d'un processus à la fois d'intégration et de dissociation, ancré dans une tradition parlementaire et largement de *common law* territoriale et multinationale⁶, partiellement asymétrique, à la fois bipolaire et polycentrique, traversé de tendances à la fois centripètes et centrifuges et, contrairement au texte fondateur, largement égalitaires dans le sens où la hiérarchie entre l'autorité fédérale et les entités fédérées est relativement limitée⁷.

Face à l'engouement jurisprudentiel pour le fédéralisme coopératif, certains critères d'une telle typologie apparaissent particulièrement pertinents. Il s'agit essentiellement du caractère dualiste ou administratif du système fédéral, lequel est généralement lié à sa dimension principalement « intragouvernementale » ou « intergouvernementale »⁸.

-
6. Rares étant les étiquettes qui ne peuvent donner lieu à discussion, toutefois. Ainsi, les deux Avis de la Cour suprême au sujet du Rapatriement de la Constitution, et particulièrement le second, rejettent implicitement toute conception multinationale du Canada : *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The 'principle' of Federalism and the Legacy of Patriation and Quebec Veto References », (2011) 54 *S.C. Law Rev.* (2nd) 77, 86.
 7. Cet article ne permet évidemment pas d'approfondir ces affirmations un peu lapidaires. Le but est de situer les critères sur lesquels porte l'analyse qui suit dans un contexte plus global.
 8. Sur ces critères, voir notamment : Johanne POIRIER et Cheryl SAUNDERS, « The Comparative Experience of Intergovernmental Relations in Federal Systems », dans Johanne POIRIER, Cheryl SAUNDERS et John KINCAID (dir.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems, Comparative Structures and Dynamics*, New York, Oxford University Press, à paraître en 2015, à la page 48 et Johanne POIRIER, « Une source paradoxale du droit

I.1 Le fédéralisme « dualiste » et le fédéralisme « administratif » : deux logiques distinctes

Dans le contexte du fédéralisme, l'adjectif *dualiste* est, lui aussi, polysémique. Il renvoie parfois à des organisations fédérales « bipolaires », constituées essentiellement de deux unités⁹. Par ailleurs, il peut signaler une répartition des compétences législatives sur une base d'exclusivité, chacun des ordres de gouvernement (ou des « partenaires fédéraux ») jouissant d'une large souveraineté dans sa propre sphère de compétences. Dans cette optique, les chevauchements sont exceptionnels. Ce dualisme s'oppose donc à une conception plus enchevêtrée, partagée ou concurrente des compétences *législatives*.

Enfin, le fédéralisme dualiste se distingue du fédéralisme « administratif », lequel est parfois qualifié de fédéralisme, « exécutif »¹⁰, « coopératif »¹¹, ou « intégré ». Il est important de

constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales », (2009) 32 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 19.

9. Le modèle proposé pour Chypre, et en partie celui en place en Belgique, y correspondrait. En anglais, on utilise parfois les expressions « dual » ou « dyadic » pour décrire de tels régimes : R. L. WATTS, préc., note 1, p. 178-188; Tozun BAHCHELI et Sid NOEL, « The Quest for a Political Settlement in Cyprus : Is a Dyadic Federation Viable? », (2013) 44 *Publius* 4, p. 663-658; Johanne POIRIER, « The Belgian Federation: Tools of Appeasement; Instruments of Confrontation », dans Rekha SAXENA (dir.), *Varieties of Federal Governance – Major Contemporary Models*, Cambridge University Press, 2011, p. 344, à la page 350.
10. Cette expression représente une source potentielle de confusion dans la mesure où pour certains auteurs le terme « exécutif » renvoie non pas à cette répartition des compétences fonctionnelles, mais plutôt à la domination de la branche exécutive dans le contexte des relations intergouvernementales, notamment dans les régimes parlementaires.
11. Les fédéralismes allemand, autrichien ou suisse sont régulièrement décrits comme étant « coopératifs » dans ce sens. Voir par exemple : Anwar SHAH, « Introduction : the Practice of Fiscal Federalism », dans Anwar SHAH (dir.), *The Practice of Fiscal Federalism : Comparative Perspectives*, vol. 4, Montréal/Kingston, McGill-Queen's University Press, 2007, p. 1, à la page 5 ou Wolfe LINDER, *Swiss Democracy : Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies*, 3^e ed., New York, Palgrave/MacMillan, 2010, p. 60. Pour sa part, Robert SCHÜTZE (*From Dual to Cooperative Federalism : The Changing Structure of European*

noter que ces adjectifs portent tous potentiellement à confusion. Ainsi, « coopératif » n'est pas tout à fait adéquat puisque des systèmes dualistes peuvent également éliciter des caractéristiques coopératives. « Administratif » n'est pas tout à fait idoine non plus, puisque la conclusion d'ententes intergouvernementales dans un contexte dualiste peut être décrite également comme une forme de fédéralisme « administratif ».

Jusqu'à ce que la décision de la Cour suprême relative à l'abolition du registre des armes à feu soit rendue, j'utilisais personnellement l'adjectif « intégré » pour décrire ce type de fédéralisme¹². Toutefois, dans cette affaire, la Cour suprême l'utilise dans un autre sens, afin de décrire des régimes coopératifs imbriqués (qu'ils découlent d'une structure dualiste ou non). La version anglaise de l'adjectif « intégré » dans cette décision utilise les expressions « *interlocking* »¹³ ou « *integrated* »¹⁴. Dans le reste de cette contribution, j'utiliserai l'adjectif « administratif », bien qu'il ne me convainque pas entièrement.

Bref, il importe d'utiliser ces termes avec précaution, mais surtout, de comprendre le modèle qu'ils désignent. Sur le plan conceptuel, la distinction entre fédéralisme dualiste et cette forme de fédéralisme renvoie largement au mode de répartitions des compétences fonctionnelles, plutôt que matérielles.

Dans un système fédéral dualiste, chaque ordre de gouvernement est doté de compétences législatives et exécutives, et souvent judiciaires. Il existe donc une sorte de « pilarisation », un cloisonnement, qui favorise en principe l'autonomie et

Law, Oxford, Oxford University Press, 2009) considère que le fédéralisme coopératif ne renvoie pas à ces modalités d'exécution par les entités fédérées, mais au pouvoir que l'un ou l'autre des ordres puisse adopter des normes *législatives* complémentaires à celles édictées par un ordre autorisé à adopter des normes générales.

12. V., e.a., POIRIER et SAUNDERS, 2015, préc., note 8.

13. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 4 (jugement rédigé en anglais).

14. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 50, 108, 109 (motifs de la minorité, rédigés en français, et traduits).

l'indépendance des autorités fédérales et fédérées. Dans de tels systèmes, l'interaction entre les partenaires de la fédération est en principe plus limitée, et prend la forme de relations intergouvernementales non pas « structurelles », mais davantage « optionnelles », « délibérées », « choisies », à l'image des relations internationales entre États indépendants. L'architecture formelle des systèmes fédéraux australien, brésilien, espagnol, belge, américain et canadien relève foncièrement de cette logique dualiste¹⁵.

Par opposition, dans un système fédéral « administratif », il incombe aux entités fédérées de mettre en œuvre une large part des compétences et des programmes fédéraux, de même que leurs propres compétences et politiques publiques, par le biais de mesures administratives, mais également dans certains cas, par l'adoption de normes législatives ou réglementaires « complémentaires » aux normes fédérales. Dans un tel régime, incarné par les systèmes fédéraux allemand, suisse, autrichien ou encore par l'Union européenne, il existe une interdépendance *structurelle* entre les ordres de gouvernement¹⁶.

Il importe de relever, toutefois, que les systèmes fédéraux administratifs sont également largement « *intragouvernementaux* » dans le sens où les entités fédérées sont appelées, directement ou indirectement, à approuver les normes fédérales qu'elles devront mettre en œuvre par la suite. Cette « participation » emprunte notamment la voie d'une seconde chambre fédérale. Le *Bundesrat* allemand en serait le prototype. Ainsi, les *Länder* allemands qui mettent en œuvre des politiques fédérales peuvent influencer sur l'adoption des lois fédérales, voire même y opposer un veto¹⁷.

15. L'on verra que par le truchement du « pouvoir de dépenser » ou d'ententes intergouvernementales, un système dualiste peut être transformé en système « administratif à la carte ».

16. Voir, par exemple, art. 83-84 de la *Loi fondamentale allemande*, l'art. 46(1) de la *Constitution suisse* de 1999 ou l'article 291 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, J.O.U.E., 30.3.2010, C83/47.

17. À noter que le recours à des vetos est remarquablement rare : Roland LHOTTA et Julia VON BLUMENTHAL, « Complex Cooperation and Party

Cette distinction *structurelle* entre les fédéralismes dualiste et administratif est capitale. Dans le premier cas, l'autonomie des entités fédérées est théoriquement protégée par l'exclusivité des compétences et le parallélisme des institutions législatives, exécutives, voire judiciaires. Chaque ordre agit, de manière autonome, dans « sa » sphère de compétences. Dans l'exercice de sa propre « souveraineté », il peut choisir de restreindre sa propre marge de manœuvre, et de collaborer avec d'autres partenaires fédéraux. La même souveraineté lui permet, en principe, de mettre unilatéralement un terme à de tels engagements¹⁸.

La logique est différente dans les systèmes administratifs. Dans ces derniers, la participation des entités fédérées à l'élaboration des normes fédérales vise à éviter que l'autorité fédérale ne les traite comme de « simples » autorités administratives décentralisées similaires à celles des États unitaires. En somme, dans un tel système, les entités fédérées participent « en amont » à l'adoption des normes qu'elles devront exécuter « en aval ». Les entités fédérées peuvent ainsi, en principe, s'assurer que les lois fédérales n'empiètent pas sur leurs propres sphères de compétences ou qu'elles ne subiront pas de conséquences financières démesurées, dans la mesure où elles doivent assumer la mise en œuvre de leurs propres lois, en sus de celles de la majorité des lois fédérales.

Dans un sens, les partenaires d'une fédération « administrative » jouissent d'une moins grande autonomie que

Politics : Intergovernmental Relations in the Federal Republic of Germany », dans J. POIRIER et C. SAUNDERS (2015), préc., note 8, p. 11.

18. Le parallélisme avec le dualisme qui caractérise – schématiquement – le rapport entre droit interne et droit international, et qui s'oppose au monisme, est évident. Sur cette question, voir Johanne POIRIER, « Les ententes intergouvernementales dans les régimes fédéraux : aux confins du droit et du non-droit », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Fabien GELINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états: Gouvernance, identité et méthodologie / The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, Montréal/Bruxelles, Carswell/Bruylant, 2005, p. 441, aux pages 468-472.

leurs homologues dans les régimes dualistes : l'autorité fédérale a besoin des entités fédérées pour mettre en œuvre ses lois et programmes, les entités fédérées doivent agir comme « agents » du fédéral, dans bon nombre de fonctions administratives. Par contre, il existe des mesures institutionnelles visant à protéger les entités fédérées contre des agissements unilatéraux de l'autorité centrale. Moins de *self rule* est compensé par davantage de *joint rule*.

Sans que la corrélation soit parfaite, dans les systèmes administratifs, une répartition des compétences législatives sur une base concurrente est plus fréquente que dans les systèmes dualistes. Ce partage de compétences peut emprunter diverses formes. Ainsi, l'autorité centrale peut être dotée du pouvoir de formuler des objectifs généraux ou des lois-cadres devant être complétées par des normes législatives et/ou réglementaires plus détaillées par les entités fédérées. Dans certains cas, les autorités fédérées remplissent des fonctions essentiellement administratives dans le contexte d'une initiative fédérale. Des tels arrangements permettent une certaine asymétrie dans la mise en œuvre de larges programmes, tout en maintenant un cadre unifié au niveau central. Le degré de détails imposé à la mise en œuvre de tels programmes fédéraux varie, et peut restreindre, de manière plus ou moins significative, l'autonomie des entités fédérées.

Enfin, les systèmes fédéraux administratifs comportent, en règle générale, une organisation judiciaire également plus « intégrée », du moins en ce qui a trait au contrôle de l'action gouvernementale¹⁹. Par conséquent, le contrôle de l'action administrative fédérale ou fédérée est assumé par la même structure/hiérarchie judiciaire. Autrement dit, les systèmes fédéraux administratifs ne connaissent généralement pas la

19. Cheryl SAUNDERS, « Administrative Law and Relations Between Governments : Australia and Europe Compared », (2000) 28 *Fed.L.Rev.* 263. Cette intégration « fédérale » du contentieux administratif doit être distinguée de la pilarisation qui distingue le pouvoir judiciaire de la justice administrative et constitutionnelle (avec, par exemple, une Cour de Cassation, qui coexiste avec un Haut tribunal administratif ou Conseil d'État et une Cour constitutionnelle).

pilarisation qui caractérise largement les systèmes dualistes (les actes administratifs émanant de fonctionnaires fédéraux étant contrôlés par un tribunal fédéral et ceux émanant des fonctionnaires des entités fédérées par les tribunaux relevant de celles-ci). Cette intégration du contentieux administratif facilite évidemment le contrôle des décisions et des actes administratifs pris dans un contexte enchevêtré, décroisé, coopératif.

I.2 Les principes de subsidiarité et de loyauté fédérale : parties intégrantes du fédéralisme coopératif?

Au-delà de ces mécanismes de participation institutionnalisée, les systèmes administratifs connaissent fréquemment deux types de normes de contrôle qui, traditionnellement, ne font pas partie de la grammaire fédérale dualiste : le principe de subsidiarité et la loyauté fédérale.

En premier lieu, le principe de subsidiarité vise à garantir que l'espace réservé aux entités fédérées dans le quotidien du fédéralisme soit protégé. Ce principe pose essentiellement qu'une compétence relève du pouvoir public situé « le plus près du citoyen », sauf démonstration qu'un pouvoir public plus éloigné (et dans certains régimes, plus « élevé ») est mieux outillé pour atteindre l'objectif politique visé. Le principe comporte donc une présomption réfragable de proximité, combinée à une évaluation de l'efficacité et à une obligation de justification d'intervention du pouvoir « plus éloigné » du citoyen²⁰.

Le principe de subsidiarité est, lui aussi, polysémique et prend des colorations distinctes selon les contextes historiques et institutionnels. On pourrait soutenir que le principe guide le pouvoir constituant au moment de la construction initiale d'un régime fédéral, voire soutient les modifications constitutionnelles visant à transférer des compétences législatives d'un ordre de

20. Richard JANDA, « Mapping Constitutional Transition : Gérald Le Dain's Approach to Jurisdiction over the Environment », ébauche 2013, p. 79-80, (manuscrit auprès de l'auteur).

gouvernement à un autre, et ce, peu importe le modèle adopté²¹. Par contre, le statut juridique et les fonctions remplies par le principe divergent par la suite, selon que les architectures fédérales soient essentiellement dualistes ou « administratives ».

Ainsi, dans une fédération dualiste, le rôle de l'arbitre constitutionnel est essentiellement de tracer les frontières, d'identifier le titulaire d'une compétence (qui est alors le plus souvent pleine et entière, tant sur le plan législatif qu'exécutif)²². Son rôle n'est donc pas, en principe, de désigner, entre plusieurs possibilités, l'ordre de gouvernement le plus en mesure de réaliser une politique publique précise. Par contre, dans un système administratif, le principe peut servir d'outil théorique et pratique pour établir qui de l'autorité fédérale ou fédérée devrait – dans un cas précis – exercer une compétence législative concurrente²³. La subsidiarité peut intervenir également dans la détermination du degré d'autonomie dont peuvent disposer les entités fédérées dans la mise en œuvre de lois fédérales²⁴. Enfin, il convient de noter que, du moins dans le contexte de l'Union européenne, le principe peut faire l'objet de contrôles tant par la Cour de justice que par

-
21. Dans le contexte de l'Union européenne, on parle alors du principe d'attribution (et non pas de subsidiarité). Voir art. 5(2), *Traité sur l'Union européenne*, J.O.U.E., 30.3.2010, C83/13.
 22. Robert A. SCHAPIRO, « Towards a Theory of Interactive Federalism », (2006) 91 *Iowa L.R.* 20, en ligne : <<http://papers.ssrn.com/abstract=734644>> (consulté le 15 août 2014).
 23. Art. 4 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, et 5(3) du *Traité sur l'Union européenne*.
 24. Évidemment, la distinction est un peu caricaturale, puisque des critères d'efficacité ou de proximité peuvent être mobilisés afin de rattacher un projet législatif à une compétence constitutionnelle énoncée en des termes extrêmement larges ou vagues (tels que la paix, l'ordre ou le bon gouvernement) : Eugénie BROUILLET, « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? » (2011) 54 *S.C.Law Rev.* (2nd) 601, 618-22; Jean LECLAIR, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity », (2003) 28 *Queen's L.J.* 411.

les parlements des États membres, voire même par les parlements régionaux au sein des États membres²⁵.

En termes un peu simplistes, on pourrait dire que la subsidiarité est à la fois consubstantielle et antithétique au fédéralisme : tout dépend du modèle fédéral en question et du contexte dans lequel elle est évoquée!

En second lieu, les systèmes administratifs sont plus susceptibles de connaître une forme de « loyauté fédérale » dont les tribunaux peuvent assurer le contrôle²⁶. Ce « devoir de fidélité réciproque » dicte une ligne de conduite aux partenaires fédéraux dans l'exercice de leurs propres compétences exécutives, mais également législatives²⁷. Dans un régime administratif, l'imbrication des autorités fédérales et fédérées est telle que la

25. *Protocole no 1 sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne* et art. 6 et 8 du *Protocole no. 2 sur l'application du principe de subsidiarité et de proportionnalité* J.O.U.E., C 83/208, 30.3.2010.

26. Cette dichotomie est, il faut le reconnaître, excessive. À titre d'exemple, dans la fédération belge, qui est essentiellement dualiste, la « loyauté fédérale » a été constitutionnellement enchâssée (art. 143). « Non justiciable » au départ, la Cour constitutionnelle a graduellement conféré à ce principe une force normative pouvant être mobilisée pour annuler une norme législative autrement constitutionnelle, mais qui remettrait en cause l'équilibre fédéral. Cette évolution prétorienne est explicitée par un amendement constitutionnel en cours d'adoption au moment d'écrire ces lignes : Joëlle SAUTOIS, « Le concept de loyauté fédérale et la sixième réforme de l'État », Journée d'études du 25 novembre 2011 à la Chambre des représentants de Belgique (copie auprès de l'auteure); Anne-Catherine RASSON, « L'histoire épique du 'vivre ensemble' belge. Une réflexion autour de la loyauté fédérale et son intégration dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », (2012) 1 *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken* 25.

27. Bien que les exemples de censure du pouvoir législatif semblent être moins fréquents. Pour un examen du principe, notamment en droit allemand, voir Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The Ethos of Canadian Aboriginal Law and the Potential Relevance of Federal Loyalty in a Reconfigured Relationship between Aboriginal and Non-Aboriginal Governments: A Thought Experiment », dans Ghislain OTIS et Martin PAPILLON (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone/Federalism and Aboriginal Governance*, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 51, aux pages 63-77.

coopération est jugée essentielle au bon fonctionnement du système et au maintien d'un degré suffisant de confiance. L'obligation d'agir de bonne foi, qui est d'origine constitutionnelle²⁸ ou prétorienne²⁹, restreint en quelque sorte l'autonomie des partenaires de la fédération. Encore une fois, on peut lire dans cette forme de courtoisie constitutionnelle une tendance à limiter le *self-rule* au profit d'une autre forme de *joint rule*.

I.3 Les difficultés résultant des transformations *ad hoc* du fédéralisme dualiste en fédéralisme « administratif »

Dans une étude antérieure, nous avons relevé que plusieurs systèmes officiellement dualistes sont de manière casuistique, pragmatique, partielle, *de facto*, transformés en systèmes administratifs ou hybrides³¹. Ainsi, par le truchement de dévolutions « administratives », des entités fédérées sont implicitement mutées en « agents » des autorités centrales, lesquelles établissent les directions stratégiques et des politiques générales, avec ou sans la participation des entités fédérées. Cette tendance est particulièrement évidente au Brésil ou en Afrique du Sud, mais s'observe également en Australie, en Inde, en Espagne, aux États-Unis et au Canada.

Les entités fédérées peuvent approuver une telle évolution « à la carte » d'une architecture dualiste vers des aménagements s'apparentant au fédéralisme administratif, surtout si elle est accompagnée de transferts financiers : pourquoi s'acharner à défendre des compétences législatives et exécutives que l'on ne peut correctement mettre en œuvre, faute de moyens? Dans ce

28. Voir art. 44 de la *Constitution suisse*, art. 143 de la *Constitution belge*, art. 41 de la *Constitution sud-africaine*.

29. Voir décisions de la Cour constitutionnelle autrichienne : VfSlg 8831/1980, 10.292/1984; 14.403/1996, 15.281/1998, 15.552/1999, 16.452/2002. La Cour constitutionnelle allemande a eu recours au principe de loyauté fédérale dans une trentaine de décisions : Helen KNEALE, « Legalis ergo Fidelis? : Pensées sur un devoir de loyauté fonctionnelle en droit constitutionnel canadien », étude remise au professeur Fabien Gélinas, Faculté de droit, Université McGill (manuscrit auprès de l'auteure), p. 25-32.

31. Voir Partie III.5 du chapitre de J. POIRIER et C. SAUNDERS, préc., note 8.

cas, agir « pour le compte du fédéral » peut avoir des avantages, notamment en ce qui a trait à la bonne gestion des politiques publiques (et dès lors, de rendement électoral). Si l'impact en termes de gestion coordonnée des politiques publiques peut être positif, il est indéniable qu'une telle mutation transforme l'assise institutionnelle fédérale de manière parfois improvisée, et peut rompre avec la logique interne du système. De telles transformations « pragmatiques » peuvent être problématiques à plusieurs égards.

Premièrement, on pourrait discourir longuement sur le caractère « libre » du consentement donné à de tels arrangements par des entités fédérées fréquemment avides de ressources. L'exercice de l'autonomie permet à une entité politique de limiter sa marge de manœuvre en adhérant à un arrangement coopératif. Encore faut-il que les alternatives soient envisageables et réalistes. Si ce n'est le cas, les transformations *ad hoc* des régimes dualistes en régimes administratifs peuvent traduire une perte d'autonomie de la part des entités constituantes, et dès lors, contribuer à un déséquilibre du binôme *self-rule/joint rule*.

Deuxièmement, lorsqu'un système dualiste est informellement permuté en système administratif, les délégations de responsabilités administratives ne comportent pas (ou alors de manière très opaque et informelle) de mécanismes de participation formelle et constitutionnellement protégés à la prise de décision de l'autorité fédérale³². Le risque d'action unilatérale par l'autorité centrale est donc beaucoup plus élevé que dans un régime structurellement administratif.

Troisièmement, dans les régimes dualistes, les modalités d'imputabilité politique, de responsabilité civile de l'État et de contrôle judiciaire de l'action administrative ont été pensées et

32. C'est notamment le cas au Canada, où les provinces et territoires participent à une multitude de conférences intergouvernementales, mais sans la protection structurelle qu'apportent, par exemple, une chambre haute réellement fédérale ou des mécanismes de consultation constitutionalisés.

structurées de manière parallèle et cloisonnée. Certaines visent l'autorité fédérale, d'autres, chacune des entités fédérées. Lorsque les partenaires de la fédération élaborent des mécanismes d'action conjointe, ou de délégation administrative, ces règles peuvent être mises à mal et l'effectivité des divers contrôles fortement réduite. Ainsi, lorsque le fonctionnaire d'un ordre de gouvernement agit pour le compte d'un autre dans le cadre d'un arrangement coopératif complexe, quel ministre (fédéral ou fédéré) sera responsable politiquement? Quel juge pourra contrôler la légalité des actes administratifs : celui du « mandataire » ou du « mandant »? Des mécanismes coopératifs peuvent offrir, au cas par cas, des solutions particulières pour répondre à ces difficultés d'arrimage entre responsabilités politique, administrative et civile pensées dans un mode dualiste, d'une part, et des aménagements imbriqués, d'autre part. Mais ce n'est pas toujours le cas. Survient alors un degré d'incertitude et d'opacité dont les tiers – notamment les « administrés » – peuvent faire les frais³⁴.

Quatrièmement, des incertitudes peuvent également surgir quant au maintien de droits garantis aux citoyens par un ordre de gouvernement lorsque l'exercice d'une compétence est « délégué » à un autre ordre, de manière *ad hoc*, au cas par cas. C'est notamment le cas de certains droits linguistiques, qui, au-delà des droits constitutionnalisés liant tous les pouvoirs publics, peuvent différer d'un ordre de gouvernement à l'autre. Encore une fois, des solutions *ad hoc* ou contractuelles peuvent être élaborées, mais ce ne sera pas systématiquement le cas. Par conséquent, il incombe souvent aux minorités d'entamer de longues et coûteuses procédures pour protéger ce que l'on pourrait qualifier de « droits acquis ».

Cinquièmement, les chevauchements « à la carte » peuvent rendre nécessaire le recours à un principe de subsidiarité, pour clarifier qui doit exercer une compétence, lorsque celle-ci est partagée, soit officiellement ou *de facto*. Or, comme nous l'avons vu ci-haut, le recours à un tel principe, inédit dans le contexte

34. Voir J. POIRIER, 2009, préc., note 8 et *infra*, partie II.3.

dualiste, n'est aucunement accompagné de modalités de contrôle parlementaire ou juridictionnel, ni même de processus formels de justification.

Enfin, une sixième conséquence de l'adoption « à la carte » de mécanismes relevant du fédéralisme administratif découle de l'absence d'un principe constitutionnel de « loyauté fédérale » qui permet de limiter l'impact d'actions unilatérales susceptibles de remettre en cause les arrangements institutionnels concertés ou les programmes élaborés conjointement. Cette carence est, théoriquement, moins problématique lorsque chacun agit de manière autonome dans sa propre sphère de compétences³⁵. Elle l'est davantage lorsque les partenaires fédéraux adoptent des normes concertées et élaborent des mécanismes de coopération complexes reposant sur d'importantes interdépendances. La difficulté s'accroît lorsque les juges promeuvent la coopération, mais ne sanctionnent pas les comportements qui lui sont contraires, faute d'outils constitutionnels les autorisant à intervenir.

La prochaine section examine les mutations parcellaires et *ad hoc* du système fédéral canadien essentiellement dualiste en un système partiellement coopératif et administratif à la lumière des difficultés qui viennent d'être exposées.

II. LE FÉDÉRALISME CANADIEN : VALSE-HÉSITATION ENTRE DUALISME ET COOPÉRATION

À quelques exceptions près, l'architecture fédérale canadienne est foncièrement dualiste (II.1). Or, une tendance jurisprudentielle forte tend à favoriser un chevauchement de

35. Certains verront dans *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289 une exception à cette carence de loyauté fédérale dans l'ordre juridique canadien. Mais il convient de noter que la norme de « courtoisie » décrétée par la Cour suprême dans cette affaire i) était de nature uniquement inter-provinciale et ii) n'a été reconnue que dans le domaine de coopération judiciaire. Il s'agit donc, au mieux, d'une forme très limitée d'obligation de coopération dans le système largement dualiste canadien.

compétences au nom du fédéralisme coopératif (II.2). De même, les tribunaux évoquent le fédéralisme coopératif pour éviter de démanteler des arrangements institutionnels complexes et entrecroisés, qui comportent parfois des mutations du régime dualiste en système « administratif à la carte ». Par contre, le fédéralisme dualiste refait surface lorsque les branches exécutives et législatives choisissent non pas de coopérer, mais d'agir unilatéralement, en dépit de l'effet de leurs actions sur les autres membres de la fédération (II.3).

II.1 Le système fédéral canadien : une architecture largement dualiste

Élaborée au 19^e siècle dans un contexte impérial, la Constitution fédérale canadienne³⁶ instaurait un système centralisé, voire hiérarchique, qui a fait place, au fil du temps et de la jurisprudence constitutionnelle, à une fédération relativement décentralisée³⁷ au sein de laquelle les mécanismes formels de domination fédérale sont largement tombés en désuétude³⁸. Bien que le terme *dualiste* lui-même soit peu usité³⁹, à quelques exceptions près, l'architecture fédérale canadienne originelle repose essentiellement sur une philosophie et des institutions dualistes. Au moins sept éléments structurels et/ou doctrines constitutionnelles en témoignent.

36. *La Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3.

37. Outre le fait que les critères d'évaluation des degrés de centralisation peuvent varier (compétences exclusives, autonomie fiscale ou budgétaire, etc.), il est évident qu'une telle étiquette peut s'avérer justifiée dans certains domaines de politiques publiques et non dans d'autres, et qu'elle est susceptible d'évolution selon les périodes.

38. Le pouvoir de désaveu des lois provinciales, par exemple. Des déséquilibres peuvent néanmoins découler de la prépondérance fédérale ou, plus insidieusement, par le truchement du pouvoir de dépenser. Andrew PETTER, « The Myth of the Spending Power Revisited », (2008) 34 *Queen's L.J.* 163.

39. Exceptionnellement, la juge Deschamps utilise l'expression dans une opinion dissidente, soulignant que la conception du fédéralisme dualiste sous-tend la doctrine de l'immunité inter-juridictionnelle : *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, par. 106 (Deschamps J., dissidente).

En premier lieu, le recours à une double liste de compétences législatives très largement exclusives – captée par la métaphore des « compartiments étanches » introduite par le Conseil privé – traduit bien cette conception dualiste⁴⁰.

En second lieu, à de rares exceptions, les compétences exécutives sont alignées sur les compétences législatives⁴¹. La Cour suprême a admis la constitutionnalité du transfert de compétences administratives d'un ordre de gouvernement vers un autre, dans la mesure où elles sont, théoriquement du moins, révocables⁴². Un tel transfert introduit une option de fédéralisme « administratif à la carte »⁴³ et permet des aménagements asymétriques⁴⁴.

40. Lord Atkin in *Canada (A.G.) v. Ontario (A.G.)*, [1937] A.C. 326, 354.

41. L'administration de la justice criminelle, par exemple, s'apparente au système « administratif » dans la mesure où les normes relèvent de la compétence fédérale, mais qu'elles sont essentiellement appliquées et mises en œuvre par les administrations provinciales et les tribunaux provinciaux : art. 91(27) et 92(14), *Loi constitutionnelle de 1867*.

42. *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, [1952] 2 R.C.S. 392; *Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Fédération des producteurs de volaille c. Pelland*, 2005 CSC 20 (discuté *infra* section II.2). La délégation de compétences législatives d'une assemblée législative à une autre n'est pas permise (A.G.N.S. c. A.G. Canada, [1951] R.C.S. 31), mais une délégation similaire vers un autre organe politique *R. v. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, 104.

43. Contrairement au phénomène du fédéralisme « administratif à l'européenne », les autorités provinciales peuvent également déléguer des responsabilités administratives (et indirectement législatives) à des organes fédéraux (*Gendis Inc c. Canada (Attorney General)*, 2006 MBCA 58 (Man.)). Cela dit, les délégations de responsabilités fédérales vers les provinces sont plus fréquentes, du moins depuis les années 1990, période pendant laquelle la vision de « dévolutions administratives » comme solutions aux blocages constitutionnels a connu son apogée : voir Johanne POIRIER, « Federalism, Social Policy and Competing Visions of the Canadian Social Union », (2002) 13 *Revue nationale de droit constitutionnel* 355.

44. *Droit de la famille – 139*, 2013 CQCA 15, par. 16 et suiv. (dans ce cas, la mise en œuvre prend, e.a., la voie de législation provinciale complémentaire à la loi fédérale). Sur la fonction remplie par le fédéralisme coopératif dans l'adoption de solutions asymétriques non constitutionalisées, voir Johanne POIRIER, « Intergovernmental

Cet emprunt n'est évidemment que partiel puisqu'il n'est aucunement accompagné de mesures de participation structurelle des entités fédérées dans les politiques fédérales. En effet, la troisième caractéristique dualiste du fédéralisme canadien est l'absence de mécanismes constitutionnalisés assurant la participation des entités fédérées dans l'élaboration de lois fédérales, qu'elles peuvent être appelées à mettre en œuvre dans le cadre de délégations administratives. L'inadéquation du Sénat à remplir cette fonction de participation est notoire. Les innombrables mécanismes intergouvernementaux qui jalonnent la pratique du fédéralisme canadien remplissent d'importantes fonctions de coordination⁴⁵, mais aucun ne jouit d'une protection constitutionnelle, et tous peuvent être contournés ou ignorés par les exécutifs et/ou les législateurs fédéraux ou provinciaux.

En quatrième lieu, le contrôle parlementaire s'exerce sur une base cloisonnée, dans une optique résolument dualiste. Si certains comités parlementaires peuvent occasionnellement examiner des arrangements coopératifs (dans le cadre d'évaluation budgétaire, par exemple), le contrôle des relations intergouvernementales n'est aucunement systématisé, voire coordonné entre divers partenaires fédéraux⁴⁶.

Agreements in Canada : at the Cross-roads Between Law and Politics », dans Peter J. MEEKISON, Hamish TELFORD et Harvey LAZAR (dir.), *Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism, Canada: the State of the Federation 2002*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 2004, p. 425, aux pages 452 et suiv. Comme nous le verrons, une partie du régime relatif au Registre des armes à feu permettait également des aménagements distincts selon les provinces : voir, *infra*, Partie IV.

45. Marc-Antoine ADAM, Josée BERGERON et Marianne BONNARD, « Intergovernmental Relations in Canada », dans J. POIRIER, C. SAUNDERS et J. KINCAID, préc., note 8.

46. Ainsi, aucun comité permanent à la Chambre des communes n'a vocation à traiter expressément de questions intergouvernementales. Au Sénat, il existe un comité des affaires juridiques et constitutionnelles, mais dont le mandat ne semble pas impliquer un examen systématique des relations intergouvernementales : http://www.parl.gc.ca/SenCommitteeBusiness/CommitteeHome.aspx?parl=41&ses=2&Language=F&comm_id=1011 (dernier accès 18 mai 2015).

En cinquième lieu, la responsabilité ministérielle relative aux actes des administrations suit également un schéma en « piliers » parallèles. Dans le contexte de délégations, le ministre relevant de l'ordre disposant de la compétence formelle demeure responsable devant « son » parlement des actes posés par les fonctionnaires d'un autre ordre et agissant à titre de « mandataires »⁴⁷. La solution est défendable sur le plan juridique, mais n'appert pas optimale en termes de transparence et d'efficacité démocratique et de contrôle de l'administration.

En sixième lieu, le cloisonnement « institutionnel » est renforcé par le principe de souveraineté parlementaire, hérité du droit constitutionnel britannique au 19^e siècle. Ainsi que nous le verrons dans les troisième et quatrième parties de cet article, la Cour suprême du Canada a statué que les législateurs fédéraux et fédérés jouissent, chacun « dans leur sphère », d'une égale souveraineté – d'une égale autonomie – d'adopter ou d'abroger lois et programmes dans la mesure où ils respectent la répartition formelle des compétences et les droits fondamentaux. Cette lecture de souverainetés parallèles et partagées perpétue et consolide une conception du fédéralisme dualiste qui tranche avec l'évolution de la rhétorique en faveur du fédéralisme coopératif.

Enfin, en septième lieu, l'organisation judiciaire, et particulièrement le contrôle de la légalité des décisions et des actes administratifs, sont largement conçus sur un mode dualiste. Au risque d'une simplification excessive, on peut affirmer que les décisions des fonctionnaires provinciaux sont assujetties au contrôle des tribunaux administratifs (ou de la Cour supérieure de la province), alors que les actes des fonctionnaires fédéraux (autres « offices fédéraux ») sont assujettis à la censure de la Cour fédérale. Cette division a généré de réels parcours de combattants pour des administrés en quête d'un juge compétent pour exercer un contrôle judiciaire, pourtant élément phare de l'État de droit⁴⁸.

47. *Ricken Leroux Inc. c. Québec (Ministère du Revenu)*, CAQ 1997, CanLII 10017 (QC CA), p. 18 (par la juge Rousseau-Houle, pour la majorité).

48. À titre d'exemple, dans une épopée judiciaire ayant duré plus de vingt ans, un citoyen qui alléguait la violation par le Manitoba d'une entente

Le contrôle judiciaire des décisions émanant d'organes conjoints ou prises dans le cadre de processus entrecroisés et d'interdélégations est plus complexe et ne fait pas l'objet de solutions harmonisées, transparentes ou prévisibles⁴⁹.

En somme, l'architecture fédérale « initiale » et formelle du Canada est très largement dualiste. Certaines pratiques et certaines évolutions jurisprudentielles ont réduit le cloisonnement pour favoriser – ou simplement reconnaître – les inévitables chevauchements que l'action publique contemporaine nécessite. Toutefois, cette transformation s'effectue de manière fragmentée, peu coordonnée, *ad hoc*, sans égard à une vision cohérente des équilibres au sein de la fédération.

II.2 Vers une concurrence de jure et de facto des compétences législatives et un appel à la subsidiarité

L'évolution des politiques publiques, à partir des années 1950, a rendu la répartition des compétences établie au 19^e siècle, sur une base essentiellement exclusive, difficilement soutenable. Les interactions entre programmes fédéraux et provinciaux sont devenues chose commune. Cette évolution a été marquée par l'émergence d'un très vaste éventail de mécanismes et d'institutions de coopération élaborés par les exécutifs, parfois, avec l'aval des branches législatives⁵⁰. Des organes conjoints sont institués, des délégations de tâches administratives sont mises en œuvre, d'innombrables ententes intergouvernementales sont

fédérale-provinciale a dû contester les décisions provinciales devant les tribunaux du Manitoba, et les décisions fédérales devant la Cour fédérale. Voir les multiples affaires *Finlay*, discutées dans Johanne POIRIER, « Keeping Promises in Federal Systems: the Legal Status of Intergovernmental Agreements with Special Reference to Belgium and Canada », thèse de doctorat, Cambridge, Université de Cambridge, 2004, ch. 4, section 4.1.3 et ch. 6, section 6.2.4. Voir aussi *Association canadienne des restaurateurs et des services alimentaires c. Canada (Commission du lait)*, 2001 FCT 34, discuté dans J. POIRIER, préc., note 8, p. 26-27.

49. Voir *infra*, section II.4.

50. M.-A. ADAM, J. BERGERON et M. BONNARD, préc., note 45.

conclues. Ces initiatives sont parfois encadrées par des normes législatives (parallèles), mais ce n'est pas systématiquement le cas. Le but est notamment de rationaliser l'exercice des compétences sinon officiellement concurrentes, du moins « partagées »⁵¹, et de clarifier le rôle et les responsabilités des divers partenaires fédéraux dans le cadre d'une politique concertée.

La jurisprudence de la Cour suprême du Canada prend acte de cette évolution « sur le terrain fédéral » en souscrivant au fédéralisme coopératif⁵². Bien qu'elle ne soit pas univoque, une tendance jurisprudentielle réduit l'espace d'exclusivité des compétences législatives au profit d'un décloisonnement, de chevauchements. Cette vision plus souple, moderne, flexible rejetant la conception du fédéralisme par « compartiments étanches » n'est pas nouvelle⁵³. Mais elle a été réaffirmée avec

-
51. Sur la distinction entre compétences concurrentes et partagées, voir Johanne POIRIER, « Le partage des compétences et les relations intergouvernementales : la situation au Canada » dans Bernard FOURNIER et Min REUCHAMPS (dir), *Le fédéralisme en Belgique et au Canada : Un dialogue comparatif*, Bruxelles, de Boeck, 2009, p. 103, aux pages 117-118.
52. Alexis Millette a répertorié plus d'une soixantaine de décisions judiciaires reprenant l'expression « fédéralisme coopératif » ou « cooperative federalism » dans la jurisprudence canadienne depuis 1976, dont plus de la moitié ont été rendues depuis 2009 : Alexis MILETTE, « Revue de la jurisprudence sur le fédéralisme coopératif », présentation au séminaire de recherche : « L'abolition du registre des armes à feu au Canada : la dimension contractuelle du fédéralisme coopératif », 7 décembre 2012, Faculté de droit, Université de Montréal. Une recherche intégrant des expressions similaires (actions coopératives, coopération fédérale-provinciale, collaboration, relations fédérales-provinciales, etc.) augmenterait indubitablement le répertoire.
53. Selon la Cour suprême, cette approche présiderait à son interprétation moins « formaliste » que celle du Conseil privé de la répartition des compétences depuis 1949: *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, par. 55-62, et jurisprudence citée. Voir aussi *Husky Oil Operations Ltd c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162, dans laquelle le juge Gonthier, pour la majorité, affirme que le Canada « a été érigé » sur la « théorie du fédéralisme coopératif », notamment depuis l'après-guerre.

conviction dans une série de décisions rendues depuis 2007⁵⁴. Cette approche de la répartition des compétences admet *de facto* – sinon *de jure* – la concurrence⁵⁵.

D'ailleurs, même lorsque la Cour suprême confirme le caractère exclusif d'une compétence, ainsi qu'elle le fait dans le *Renvoi sur les valeurs mobilières*, elle invite les acteurs publics à se concerter dans l'intérêt public :

[L]'existence d'une tendance de plus en plus marquée à envisager les problèmes complexes de gouvernance susceptibles de se présenter dans une fédération, non pas comme une simple alternative entre deux ordres de gouvernement, mais comme une recherche coopérative de solutions qui satisfont les besoins tant de l'ensemble du pays que de ses composantes.

Une telle approche s'inscrit dans le droit fil des principes constitutionnels canadiens et des pratiques adoptées par le fédéral et les provinces dans d'autres sphères d'activités. Ces régimes ont pour pivot le respect par chacun des champs de compétence de l'autre et la collaboration pour principe directeur. Le fédéralisme qui sous-tend le cadre constitutionnel canadien n'exige pas moins⁵⁶.

Autrement dit, la tendance vers un décloisonnement des compétences rapproche partiellement le modèle fédéral canadien des modèles fédéraux administratifs, au sein desquels les

54. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, par. 24-42 et 77-78; *Colombie-Britannique (P.G.) c. Lafarge*, 2007 CSC 23; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, par. 61; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, par. 63; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie Britannique*, 2014 CSC 44, par. 148-149.

55. Eugénie BROUILLET, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », (2010) 3 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 1, 16; Bruce RYDER, « Equal Autonomy in Canadian Federalism : The Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers », (2011) 54 *S.C. Law Rev.* (2nd) 565.

56. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, par. 132-133.

compétences concurrentes sont, comme nous l'avons vu, généralement plus fréquentes. Ces chevauchements sont facilités par le phénomène du pouvoir de dépenser qui permet à un ordre de gouvernement (la plupart du temps, l'autorité fédérale) de financer des initiatives relevant de la sphère de compétence exclusive d'un autre ordre de gouvernement⁵⁷. Le refus par la Cour suprême de sanctionner cet exercice du pouvoir de dépenser – voire même son entérinement du phénomène – accorde une sorte d'imprimatur *de jure* à ces immixtions⁵⁸.

En résumé, bien qu'elle ne soit pas univoque, la tendance jurisprudentielle dominante à la Cour suprême du Canada est de favoriser les chevauchements *de jure* et de tolérer les chevauchements *de facto* des compétences législatives. Le fédéralisme coopératif reçoit ainsi une interprétation généreuse qui éloigne le dualisme originel, du moins dans la dimension relative à la répartition des compétences législatives.

C'est possiblement dans le contexte de cette mouvance que le recours au principe de subsidiarité a fait son apparition dans les opinions de certains juges de la Cour suprême⁵⁹. L'accroissement des superpositions et des interdépendances invite à identifier des règles permettant de désigner l'ordre de gouvernement le mieux à même de réaliser l'objectif poursuivi par

57. Il existe également un pouvoir provincial de dépenser, mais qui est exercé de manière relativement marginale et n'a pas, nous semble-t-il, le même effet de transformation implicite d'un régime dualiste en régime « administratif ». Cela dit, l'examen du pouvoir provincial de dépenser au travers du prisme de la présente analyse pourrait s'avérer riche en enseignements également.

58. A. PETTER, préc., note 38.

59. *Spraytech (Société d'arrosage) c. Hudson (ville)*, 2001 CSC 40, par. 3 (L'Heureux-Dubé J. pour la majorité); *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, par. 109 et 119 (Deschamps J., dissidente); *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] CSC 61, par. 273 et suiv. (opinion concordante des juges Lebel, Deschamps, Abella et Rothstein) et par. 69-72 de la juge en chef et des juges Binnie, Fish et Charron; E. BROUILLET, préc., note 24; Dwight NEWMAN, « Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity », (2011) 74 *Saskatchewan Law Review* 21.

une politique particulière dans l'exercice d'une compétence partagée (*de jure* ou *de facto*).

L'emprunt et l'adaptation du principe de subsidiarité appellent à la prudence toutefois, étant donné les différences historiques, politiques et institutionnelles entre les régimes fédéraux administratifs dans lesquels ce principe s'inscrit plus « naturellement » et les régimes encore largement dualistes. En effet, comme nous l'avons vu, dans le contexte de l'Union européenne, le principe de subsidiarité permet de départager qui, de l'Union ou des États membres est le mieux en mesure de réaliser un objectif précis dans le cadre de compétences « explicitement concurrentes ». De plus, les mécanismes formels de justification et de contrôle parlementaire et juridictionnel de l'application du principe font entièrement défaut en droit – et même dans la pratique – au Canada.

II.3 Les tensions entre la normativité en réseau et le droit positif dualiste

L'engouement judiciaire pour le fédéralisme coopératif sert non seulement à avaliser des chevauchements *de facto* ou *de jure* de compétences législatives, mais également à protéger les aménagements coordonnés et les délégations de responsabilités administratives entre ordres de gouvernement face à des règles de droit public qui pourraient les compromettre.

En droit canadien, les pouvoirs publics ne peuvent « légiférer par contrat »⁶⁰. En d'autres mots, les tiers ne peuvent être liés que par des normes législatives ou réglementaires « classiques ». Or, les lois et règlements sont adoptés par des institutions autonomes les unes des autres, dans un schéma résolument dualiste. Autrement dit, formellement, aucun accord, contrat ou entente entre partenaires de la fédération ne peut générer d'obligations ou de droits pour les tiers. En principe, toute norme concertée doit donc être parallèlement « incorporée » (pas

60. Renvoi relatif à la Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373, 433.

seulement autorisée, ni même approuvée) dans les ordres juridiques internes de chaque participant à l'action conjointe⁶¹.

La réalité est souvent bien autre. En effet, un nombre extrêmement limité d'ententes intergouvernementales sont ainsi transformées en droit positif. S'ils peuvent générer des obligations juridiques réciproques entre les parties contractantes (les exécutifs), de tels accords ne peuvent – en droit positif – avoir d'effet *erga omnes*. Or, par une sorte d'aveuglement volontaire justifié par le respect de la collaboration, les juges entérinent une forme de normativité en réseau⁶², qui inclut des normes classiques – et donc « unilatérales » –, mais également des ententes au statut juridique plus que nébuleux⁶³. Deux exemples suffiront pour illustrer cette tension entre un droit positif dualiste et la normativité enchevêtrée.

Ainsi, en 2005, la Cour suprême avalisait un arrangement type du fédéralisme « administratif à la carte » : l'autorité fédérale fixe les normes de production de poulets (quotas) et l'autorité provinciale met en œuvre ces mêmes normes (de même que les normes provinciales)⁶⁴. Le système limite les dédoublements administratifs que des régimes parallèles de contrôle de la production de poulets entraîneraient. Évoquant une jurisprudence bien établie confirmant la constitutionnalité de l'interdélégation administrative, la Cour ne voit

aucun fondement rationnel pour démanteler un système fédéral-provincial intégré qui a fait ses preuves [...] Les deux ordres de gouvernement légifèrent dans leur champ

-
61. Sur l'incertitude quant aux modalités d'incorporation des ententes intergouvernementales dans les ordres juridiques des divers ordres de la fédération, voir J. POIRIER, préc., note 8.
62. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires St-Louis, 2002.
63. J. POIRIER, préc., note 18, p. 425; J. POIRIER, préc., note 44 et J. POIRIER, préc., note 49.
64. *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 2005 CSC 20.

de compétence respectif afin de créer un régime de réglementation unifié et cohérent⁶⁵.

Un tel système « reflète en les concrétisant la créativité constitutionnelle et la souplesse coopérative du fédéralisme canadien [...] »⁶⁶.

Le problème, en termes de droit public, découle du fait que le système de délégation mis en place reposait, entre autres, sur une entente intergouvernementale n'ayant pas été approuvée par les assemblées législatives fédérale et provinciales. Cet accroc au droit positif « classique » n'est même pas relevé par la Cour suprême.

La même année, cette dernière rendait une autre décision unanime ayant pour effet de débouter des travailleurs québécois qui avaient institué une action devant le tribunal de droit commun, au profit du Surintendant des pensions ontarien. Celui-ci avait été désigné par une entente intergouvernementale. Le système mis en place était rationnel : il permettait de simplifier la gestion des pensions pour les entreprises œuvrant dans plusieurs provinces. Par contre, l'entente à laquelle la Cour suprême donne préséance n'avait été ni « incorporée » par voie législative formelle, ni soumise aux parlementaires, ni publiée⁶⁷. Autrement dit, dans *Stelco*, la Cour écarte le droit commun des contrats de travail, qui en droit canadien est inexorablement unilatéral⁶⁸, au profit de « normes négociées » entre exécutifs. L'orthodoxie juridique – et les citoyens affectés – font ainsi les frais de la « souplesse » du fédéralisme coopératif.

65. *Id.*, par. 38 (juge Abella pour la Cour).

66. *Id.*, par. 15.

67. *Boucher c. Stelco*, 2005 CSC 64. La loi (québécoise) autorisait (*a priori*) sa conclusion. Mais aucune loi ne les « transformait » (*a posteriori*) en droit interne.

68. « Unilatéral » dans le sens où il relève soit de la compétence d'une province, soit de l'autorité fédérale (selon les domaines où se déploie le « travail » en question).

La Cour suprême a d'ailleurs reconnu que les processus d'interdélégation peuvent affecter négativement l'imputabilité des pouvoirs publics, mais considère que « toute *perte de responsabilité qui résulte de cette situation est plus que compensée* par les *avantages* et les aspects pratiques de la *délégation* conjointe de pouvoirs »⁶⁹. Autrement dit, l'impératif de transparence administrative est moins impératif lorsque les pouvoirs publics collaborent que lorsqu'ils agissent – classiquement – de manière autonome, chacun dans sa sphère. Il s'agirait, apparemment, du prix à payer pour une plus grande efficacité dans l'arrimage des politiques publiques.

La conclusion de la Cour suprême dans *Stelco* est particulièrement saisissante, lorsqu'on la juxtapose avec la décision de la même Cour, rendue quelques mois auparavant dans *Unilever* (« l'Affaire de la margarine »)⁷⁰. Dans sa décision, la Cour a statué que l'Accord multilatéral sur le commerce extérieur n'avait pas préséance sur un règlement provincial *antérieur*, qui lui était contraire⁷¹. Autrement dit, dans ce contexte, la Cour a considéré que la réglementation unilatérale et antérieure primait sur l'AMCI, en dépit du fait que ce dernier avait été « approuvé » par l'Assemblée nationale du Québec (mais non pas formellement « incorporé » dans l'ordre juridique québécois)⁷².

69. *Colombie-britannique (Milk Board) c. Grisnich*, [1995] 2 R.C.S. 895, par. 26 et 30 (Laforet J., dans une opinion concordante recevant l'appui de deux juges), soulignements ajoutés. Voir aussi *Jim Patteson Entreprises Ltd. c. British Columbia (Worker's Compensation Board)*, 2011 BCCA 35, 57 et 141.

70. *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur-général)*, 2005 CSC 10, confirmant de manière sommaire, [2003] R.J.Q. 2729 (C.A.).

71. Cet ancien règlement interdisait la coloration de la margarine, dans un souci, à peine déguisé, de protéger l'industrie laitière québécoise.

72. L'approbation parlementaire ne transforme pas l'entente en droit positif, mais lui accorde clairement une légitimité dont l'entente dans *Stelco* devait en principe être dépourvue, puisqu'elle avait apparemment entièrement échappé au regard des parlementaires. Sur la distinction entre l'approbation et l'intégration parlementaire, voir J. POIRIER, préc., note 8, p. 19-21.

En somme, dans *Pelland* comme dans *Stelco*, la plus haute juridiction a implicitement accordé une valeur normative supra-législative à des ententes intergouvernementales, alors même que, n'ayant pas été incorporées, voire approuvées, dans les ordres juridiques respectifs des parties par voie législative, elles ne devraient même pas avoir force de loi⁷³. La Cour ferme ainsi les yeux sur les conséquences d'une normativité enchevêtrée par « réseaux » qui cadre mal avec la structure normative et judiciaire largement dualiste en place au Canada.

Par contre, dans « l'Affaire de la margarine », la Cour d'appel du Québec, et à sa suite la Cour suprême, privilégient des normes traditionnelles, unilatérales, découlant d'une conception classiquement dualiste du fédéralisme. Il convient de noter que, dans le cadre de cette instance, le Québec soutenait que la réglementation québécoise primait sur l'entente multilatérale. En lui donnant raison, la Cour suprême semble indiquer que la déférence judiciaire accordée aux normes négociées dans *Pelland* et *Stelco* ne se justifie pas lorsque les parties gouvernementales elles-mêmes se retranchent derrière le droit positif, classique, indéniablement unilatéral.

On constate donc la coexistence de deux courants jurisprudentiels contradictoires, qui évoluent sans référence les uns aux autres, et qui émanent largement des mêmes juges! L'un tend à « sublimer » la coopération aux dépens de règles de droit public élaborées dans un contexte dualiste pour protéger les « administrés » de l'action des exécutifs. L'autre s'inscrit dans un cadre classique de hiérarchie des normes et renforce le fédéralisme dualiste, notamment lorsqu'un litige oppose non pas les administrés aux pouvoirs publics, mais les gouvernements entre eux. Dans ce deuxième courant, le « droit négocié » cède quasi toujours la place en cas de conflit aux normes unilatérales,

73. Au même effet, voir *Ricken Leroux Inc.*, préc., note 41, dans laquelle une majorité de la Cour d'appel statue qu'une autorisation législative de conclure une entente – et non pas une incorporation de celle-ci – permet une délégation de pouvoirs d'enquête et de perquisitions par l'autorité fédérale à l'administration provinciale.

même de nature réglementaire. Nous verrons que ces deux courants sont consolidés dans l'affaire relative à l'abolition du registre des armes à feu⁷⁴.

Essentiellement, la jurisprudence de la Cour suprême prend acte des chevauchements d'intervention des pouvoirs publics, les apprécie, voire invite à cette coopération. Elle exerce ainsi un contrôle extrêmement marginal sur les mécanismes coopératifs mis en œuvre par les partenaires fédéraux, tout en se réservant le privilège de placer certaines cloisons au profit d'une interprétation plus classique de la répartition des compétences et de la souveraineté parlementaire, lorsqu'interviennent des litiges *entre* ces partenaires.

Le message pourrait se résumer par : « nous ne mettrons pas – trop – d'entraves constitutionnelles aux efforts louables d'articulation de vos actions publiques ». Ou encore : « dans la mesure où vous vous entendez, nous n'avons pas le pouvoir – ou du moins la légitimité – d'intervenir ». C'est efficace, c'est souple, c'est moderne. Reste à ces autres branches – et particulièrement aux exécutifs – de déterminer entre elles, notamment par une pléthore d'ententes intergouvernementales, qui peut faire quoi, et de quelle manière. Et quitte à fermer les yeux sur certaines entorses à l'orthodoxie du droit public positif.

Mais on a beau sublimer le fédéralisme coopératif, la structure normative reste ancrée dans un dualisme cloisonné qui correspond largement à l'architecture institutionnelle dualiste – et non pas « administrative » – de la fédération canadienne. Comme nous le verrons, cette conception dualiste est renforcée par l'interprétation dominante de la souveraineté parlementaire dans la jurisprudence canadienne, interprétation qui ne semble pas affectée par le renforcement prétorien du fédéralisme coopératif⁷⁵.

74. V. partie IV du présent article.

75. V. *infra*, section IV.3.

III. LA SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE ET LE PRINCIPE DU FÉDÉRALISME COOPÉRATIF : DEUX VOIES PARALLÈLES ?

Les sections précédentes ont illustré comment la jurisprudence canadienne relative au fédéralisme coopératif favorise les chevauchements de compétences législatives et évite de poser des obstacles techniques à la normativité en réseau.

La présente partie explore une troisième dimension du fédéralisme coopératif. Il s'agit d'examiner dans quelle mesure les tribunaux peuvent – ou doivent – intervenir au nom de celui-ci non pas lorsque les gouvernements s'entendent, mais justement lorsqu'ils ne s'entendent pas (ou plus), et ce, en dehors des litiges relatifs à la répartition formelle des compétences. En d'autres mots, le fédéralisme coopératif peut-il conduire à la reconnaissance d'obligations juridiques de « conduite coopérative » dans le chef des partenaires de la fédération? Le cas échéant, une telle norme de « bonne conduite » peut-elle s'appliquer tant aux pouvoirs législatifs qu'exécutifs?

Pour tenter de répondre à cette question, on abordera le statut de la souveraineté parlementaire (III.1) et l'interaction de celle-ci tant avec le fédéralisme dualiste (III.2) que coopératif (III.3). Finalement, l'hypothèse que le fédéralisme coopératif puisse induire une norme juridique de bonne conduite aux branches exécutives – en complément ou en alternative à une éventuelle application aux branches législatives – sera évoquée (III.4)

III.1 La souveraineté parlementaire : un principe constitutionnel sous-jacent?

La fin des années 1990 a marqué le retour en force des principes constitutionnels non écrits ou « sous-jacents » dans la jurisprudence de la Cour suprême⁷⁶. Dans le *Renvoi sur la*

76. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3. Pour une critique de la primauté accordée au principe de l'indépendance judiciaire sur un texte législatif,

Sécession, la Cour a mis en exergue l'interconnexion de quatre principes constitutionnels devant structurer toute réflexion sur la constitutionnalité d'une éventuelle déclaration unilatérale de sécession par une province : la démocratie, le constitutionnalisme/l'état de droit, la protection des minorités et le fédéralisme⁷⁷. Jouissant d'une valeur équipollente, ces principes déterminants fonctionnent en symbiose⁷⁸. Il importe donc d'analyser l'influence croisée qu'ils exercent les uns sur les autres.

Élément central du droit constitutionnel britannique dont le Canada a clairement hérité, la souveraineté parlementaire constitue-t-elle également un principe constitutionnel fondamental, structurant, non écrit en droit canadien? Il semble étonnant qu'elle n'ait pas été expressément reprise parmi les principes non écrits examinés par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Sécession*⁷⁹. Pourtant, en 1989, le juge Dickson décrivait la souveraineté parlementaire comme une « règle fondamentale » de la Constitution (« *grundnorm* » dans la version anglaise)⁸⁰. Pour sa part, en 2002, la juge McLachlin, soutenue par sept de ses collègues, notait qu'il « faut appliquer les principes non écrits en tenant compte du principe de la souveraineté du Parlement »⁸¹. Cette affirmation signifie-t-elle que la souveraineté parlementaire ne ferait pas partie de ces principes constitutionnels sous-jacents? Mais quel est donc le statut de ce principe?

Logiquement, il semble difficile de soutenir qu'il puisse s'agir d'une « simple » règle ou doctrine de *common law*, qui

voir Jean LECLAIR, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », (2001-2002) 27 *Queen's L.J.* 389.

77. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 49.

78. *Id.*

79. Voir aussi J. LECLAIR, préc., note 76, p. 420.

80. *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, 103.

81. « [M]ust be *balanced* against the principle of Parliamentary sovereignty » : *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 2002 CSC 57, par. 55. La juge L'Heureux-Dubé ayant inscrit une opinion concordante n'a pas démenti cette affirmation.

pourrait alors être écartée par la loi⁸². En effet, le principe lui-même pose l'axiome qu'un parlement ne peut limiter sa propre souveraineté, sauf en ce qui a trait aux questions procédurales⁸³. Par ailleurs, même si certaines dispositions législatives codifient des dimensions de la souveraineté parlementaire⁸⁴, cette reconnaissance législative ne vient que confirmer le principe⁸⁵ et ne le transforme pas, en soi, en norme légiférée. Son statut reste largement non écrit et, par définition, supra-législatif.

Pour certains auteurs, la souveraineté parlementaire représente l'un des éléments fondateurs de l'état de droit⁸⁶. On pourrait également soutenir qu'elle constitue un principe sous-jacent au principe démocratique. Dans un régime parlementaire représentatif, la souveraineté parlementaire vise à donner – sauf exceptions constitutionnalisées – le dernier mot au peuple, par l'entremise de ses représentants démocratiquement élus⁸⁷.

82. *Contra* : Henri BRUN, Guy TREMBLAY, et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, qui affirment à la page 619 que « la souveraineté parlementaire est un principe de common law d'origine britannique ».

83. Par le truchement de limitations de « manière et de forme », voir: Zhou HAN RU, « Revisiting the 'Manner and Form' Theory of Parliamentary Sovereignty », (2013) 129 *L.Q.R.* 610, 610-638; Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2012, p.12-8.

84. Voir art. 42 de la *Loi d'interprétation* (L.R.C. (1985), ch. I-21), qui permet au Parlement de modifier ou d'abroger toute loi.

85. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, 548.

86. Warren NEWMAN, « The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation », (2005) 16 *N.J.C.L.* 175, 177-180. Voir aussi Warren NEWMAN, « Understanding the Rule of Law in Canada », dans Stephen TIERNEY (dir.), *Accommodating Cultural Diversity*, Ashgate, Burlington (VT), 2007, p. 199, aux pages 205-211, dans lequel le même auteur soutient que la primauté du droit se doit d'être analysée à la lumière d'autres principes non écrits hérités du droit britannique, y compris la souveraineté parlementaire.

87. Du moins, en principe. Le rôle du Sénat canadien, composé de membres non élus et désignés par l'exécutif fédéral, pose évidemment une entorse à cette conception du principe démocratique.

En somme, il semble logique d'inscrire la souveraineté parlementaire dans le catalogue (non exhaustif) des (sous) principes sous-jacents, structurants et non écrits de la Constitution canadienne, soit en lui-même, soit comme partie intégrante d'un autre principe (*a priori*, le principe démocratique). Se posent alors deux questions : celui de sa portée, eu égard aux autres principes non écrits et, plus particulièrement, du fédéralisme⁸⁸.

III.2 La souveraineté parlementaire et la défense du fédéralisme dualiste

En 1991, quelque sept ans avant le *Renvoi sur la Sécession*, la Cour suprême s'est prononcée sur l'intersection entre une conception classique et maximaliste de la souveraineté parlementaire et une lecture restrictive du principe du fédéralisme.

Schématiquement, le contexte factuel du *Renvoi sur le Régime d'assistance publique* était le suivant. Un programme fédéral-provincial prévoyait le cofinancement de services sociaux et de santé (de compétence provinciale) par l'autorité fédérale, et ce, à concurrence de 50 % des coûts. Les obligations respectives des parties et les modalités étaient détaillées dans une matrice typique du fédéralisme coopératif : un enchevêtrement de lois fédérales et provinciales, d'une série d'ententes fédérales-provinciales bilatérales régulièrement renégociées et de règlements fédéraux ne pouvant être modifiés qu'avec le consentement des provinces. Par contre, l'engagement fédéral de défrayer la moitié des coûts des programmes provinciaux était prévu dans une loi (par définition, unilatérale).

88. Il ne s'agit pas, à ce stade, de traiter de la controverse quant à la force normative (par opposition à interprétative) des principes sous-jacents face à d'autres types de normes. À cet égard, voir J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 6, p. 87, qui constate que la jurisprudence de la Cour suprême est « peu concluante dans le meilleur des cas ». Voir aussi J. LECLAIR, préc., note 76, p. 400-426.

Dans un contexte de restrictions budgétaires, le gouvernement fédéral a souhaité réduire et plafonner ses contributions, qui ne cessaient d'augmenter⁸⁹. Le gouvernement fédéral a introduit un projet de loi modifiant sa loi antérieure. Avant même l'adoption de celle-ci, la Colombie-Britannique a institué une procédure de renvoi afin d'obtenir un avis consultatif de sa Cour d'appel sur la constitutionnalité et la légalité de l'initiative fédérale⁹⁰. À l'unanimité, la Cour d'appel statue que l'exécutif fédéral n'avait pas le pouvoir de limiter unilatéralement ses obligations ni en vertu de la loi, de la prérogative ou du droit contractuel. Quatre des cinq juges ont également émis l'avis que l'initiative gouvernementale brimait les attentes légitimes de la province qu'un arrangement coopératif, antérieurement modifié par consentement, ne soit remis en cause de manière unilatérale⁹¹.

Le gouvernement fédéral a alors porté l'affaire devant la Cour suprême. Des provinces également affectées par le nouveau calcul, et d'autres ne l'étant pas, de même que des groupes autochtones sont intervenus devant la Cour à l'appui de la Colombie-Britannique. Tous, apparemment, s'inquiétaient de la remise en cause unilatérale d'un programme complexe, élaboré collectivement.

En termes simples, le litige opposait les tenants de la « parole donnée » à ceux soutenant le pouvoir du législateur de modifier ses propres lois, dans un souci de « liberté démocratique ». Pour transposer le débat dans les termes utilisés dans le présent article, il s'agissait de savoir si le fédéralisme coopératif pouvait limiter la liberté d'action d'un exécutif, de même que la « souveraineté » d'une assemblée législative dont les pouvoirs formels ont été pensés dans une optique dualiste.

89. Le programme était ainsi structuré que les provinces les plus riches pouvaient augmenter leurs services sociaux, sachant que le fédéral assumait la moitié des dépenses.

90. *Reference re Constitutional Question Act*, (1990) 46 B.C.L.R. (2nd) 273.

91. La juge Southin ne partageant pas l'avis de ses collègues sur cette question: voir *infra*, section III.4.

Dans un premier temps, le juge Sopinka, pour une cour unanime, prend acte du fait que l'engagement financier se trouvait dans une loi (fédérale) et non pas dans l'entente intergouvernementale. Il en déduit que les parties à l'arrangement coopératif devaient dès lors comprendre que ce choix normatif n'excluait pas un éventuel amendement ou une abrogation future : cela découle de la logique même de la souveraineté parlementaire. Pour la Cour, une pratique antérieure et avérée de consultation avec les provinces ne constituait pas une convention constitutionnelle, et n'imposait pas, sans reconnaissance législative expresse, de limitation « de manière et de forme » aux pouvoirs du Parlement de modifier unilatéralement sa loi⁹². En somme, le fédéralisme coopératif mis en œuvre de manière concrète, et respecté pendant des années, ne réduisait pas, en droit, l'autonomie du législateur fédéral d'agir unilatéralement.

Pour le juge Sopinka, la souveraineté parlementaire n'est limitée que par les contraintes de la répartition formelle de compétences et des droits fondamentaux⁹³. Outre ces limites, elle est pleine et entière. Dans leurs sphères respectives, les législateurs fédéraux et provinciaux sont également libres de légiférer à leur gré, de modifier leurs lois ou de les abroger. Et ce, même si ces actes d'autonomie remettent en cause des aménagements coopératifs existants, qu'ils avaient préalablement approuvés et mis en place. La Cour rejette ainsi un argument soulevé par le Manitoba⁹⁴ voulant que le principe essentiel du

92. La loi prévoyait l'obtention du consentement des provinces pour modifier les règlements fédéraux relatifs au Régime, mais était silencieuse en ce qui a trait aux modifications législatives.

93. Les assemblées territoriales ne disposent pas, en principe, de la même souveraineté, puisque leurs compétences ne sont pas constitutionnellement garanties et qu'elles ne les exercent que par délégation de l'autorité fédérale.

94. Cette question n'ayant pas été soulevée par le Procureur général du Canada dans le cadre du *Renvoi*, le juge Sopinka offre des « observations » sur la question du fédéralisme (de même que sur l'éventuelle existence de conventions constitutionnelles) : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, préc., note 85, p. 560. Par analogie, on pourrait soutenir que les « observations » contenues dans un avis sont assimilables à des *obiter dicta*. Dans *Canada (Procureur général)*

fédéralisme (« *overriding principle of federalism* ») doit restreindre la liberté d'un partenaire de la fédération de se désengager unilatéralement d'un arrangement coopératif en place depuis de nombreuses années.

A priori, il importe de ne pas surestimer la portée des conclusions du juge Sopinka en ce qui a trait au principe du fédéralisme dans le *Renvoi sur le RAP*. En effet, ce dernier interprète la question posée par le Manitoba de manière limitative et portant essentiellement sur le pouvoir fédéral de dépenser dans les matières provinciales. Or, la Cour refuse de considérer l'exercice de ce pouvoir comme contrevenant à la répartition des compétences matérielles⁹⁵. Il en résulte que, pour le juge Sopinka, le seul principe constitutionnel pertinent en l'espèce est celui de la souveraineté parlementaire. Le *Renvoi sur le RAP* n'accorde donc pas au principe du fédéralisme la densité que lui reconnaîtra la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Sécession* et ne posait pas, à mon avis, d'obstacle à une relecture, vingt ans plus tard, de l'intersection entre les principes de la souveraineté parlementaire et du fédéralisme. Or, comme nous le verrons dans la quatrième partie, la Cour suprême n'a pas souhaité s'engager sur cette voie dans l'affaire relative à l'abolition du registre des armes d'épaule.

Dans la mesure où la souveraineté parlementaire telle qu'interprétée par la Cour suprême dans le *Renvoi sur le RAP* bénéficie tant aux assemblées fédérale que provinciales, elle ne contreviendrait pas – en soi – au fédéralisme. Elle est même garante de l'autonomie – du *self-rule* – des composantes de la fédération. Force est toutefois de constater que cette conception renforce une vision cloisonnée, en piliers, du système fédéral canadien. Elle est entièrement compatible avec le fédéralisme dualiste. Mais elle l'est difficilement avec le fédéralisme coopératif

c. *Bedford.*, 2013 CSC 72, la Cour suprême affirme au par. 40 que : « Bien que les avis consultatifs puissent ne pas être juridiquement contraignants, dans les faits, ils sont suivis, citant (G. RUBIN, « The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian constitutional Law » (1960) 6 *McGill L.J.* 168, 175) ».

95. *Id.*, p. 565.

qui défend, voire même promeut, les aménagements enchevêtrés élaborés conjointement par les divers ordres de gouvernement.

III.3 La souveraineté parlementaire à la lumière du fédéralisme coopératif

La lecture « maximaliste » de la souveraineté parlementaire offerte par la Cour suprême dans le *RAP* est particulièrement traditionnelle, extensive, « diceyenne ». L'adéquation d'une telle interprétation dans un contexte fédéral – et particulièrement un fédéralisme coopératif – pose toutefois question⁹⁶. Même au Royaume-Uni, un débat sévit sur la portée du principe, et surtout sur sa remise en cause dans le contexte de l'intégration européenne⁹⁷.

Comme nous le verrons dans la quatrième partie de ce texte, l'évolution de la jurisprudence depuis 1991 invitait, nous semble-t-il, à une relecture du *Renvoi sur le RAP*, du moins en ce qui a trait à la prépondérance qu'il accorde à la souveraineté parlementaire par rapport à un principe du fédéralisme plutôt frêle. En effet, le regain accordé au principe du fédéralisme dans le *Renvoi sur la Sécession* appelait à reconsidérer l'équilibre entre ces principes⁹⁸.

Un tel examen de leur interdépendance nécessite de préciser les contours du principe du fédéralisme qui pourraient moduler la souveraineté parlementaire. Si le principe du fédéralisme n'inclut pas de sous-principes de fédéralisme

96. Dicey lui-même reconnaissait que le principe était difficilement applicable dans un contexte fédéral, en raison des limites que représentaient la répartition des compétences à cette souveraineté (A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885, Part I, 111).

97. Jeffrey GOLDSWORTHY, *Parliamentary Sovereignty : Contemporary Debates*, Cambridge University Press, 2010.

98. Pour une réflexion analogue relative à l'impact de la primauté du droit sur la souveraineté parlementaire, voir Vincent KAZMIERSKI, « Draconian but not Despotic : the 'Unwritten' Limits of Parliamentary Sovereignty in Canada », (2009-2010) 41 *Ottawa L. Rev.* 245.

coopératif, la réponse apportée par le juge Sopinka dans le *Renvoi sur le RAP* peut simplement être réitérée. Le seul impact du principe du fédéralisme sur la souveraineté parlementaire est alors d'imposer que cette dernière bénéficie tant aux provinces qu'à l'ordre fédéral. Lesquels restent libres de légiférer à leur guise, sans égard pour les intérêts des autres partenaires de la fédération, dans la mesure où ils agissent dans le cadre de leurs compétences législatives (et qu'ils respectent les droits fondamentaux).

Si, au contraire, le fédéralisme coopératif constitue l'une des composantes du principe sous-jacent du fédéralisme⁹⁹, l'analyse du juge Sopinka dans le *Renvoi sur le RAP*, datant de près d'un quart de siècle, se doit d'être fortement nuancée. Il en résulterait que le principe du fédéralisme peut induire, lui aussi, des limites à l'exercice de la souveraineté parlementaire, au-delà de la vérification qu'un ordre de gouvernement agit dans « sa » sphère de compétences, et qu'il ne viole pas les droits fondamentaux des citoyens.

Autrement dit, l'endossement du fédéralisme coopératif pourrait logiquement conduire les tribunaux à lever le voile sur la manière dont chaque ordre de gouvernement exerce des compétences législatives dont il est, par ailleurs, incontestablement titulaire. On pourrait alors parler d'une forme d'abus de compétences¹⁰⁰, qui habiliterait le juge à « sanctionner l'exercice illicite d'une compétence licite »¹⁰¹. Une telle évolution introduirait ainsi dans l'analyse constitutionnelle une forme d'obligation de bonne foi dans les rapports entre partenaires de la fédération, à l'image de la « loyauté fédérale » enchâssée dans les systèmes fédéraux administratifs, voire même par des systèmes

99. Ainsi que le soutenait la juge Deschamps (dissidente) dans *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, par. 119.

100. Par analogie, voir Laurent ECK, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2010.

101. Patrick PEETERS, « Le principe de la loyauté fédérale : une métamorphose radicale », (1994) *Administration publique* (Belgique), 239, 241, cité par KNEALE, préc., note 29, p. 30.

dualistes, mais qui accordent une valeur supérieure à l'impératif du respect de la parole donnée qu'à la « liberté démocratique »¹⁰².

Ainsi, en 1991, dans le *Renvoi sur le RAP*, le juge Sopinka affirmait que, dans la mesure où une loi n'est pas « inconstitutionnelle » ou contraire à la Charte, les tribunaux « n'ont nullement compétence pour surveiller l'exercice du pouvoir législatif »¹⁰³. La loyauté fédérale qui découlerait, par hypothèse, du principe (ou sous-principe) constitutionnel du fédéralisme coopératif ajouterait un motif de contrôle de constitutionnalité. Une loi contrevenant à cette loyauté pourrait ainsi être déclarée inconstitutionnelle, à l'instar d'une législation « déguisée », ou résultant d'un « détournement de pouvoir », par exemple¹⁰⁴.

Encore une fois, nous verrons que dans sa décision sur l'abolition du registre des armes d'épaule, la Cour suprême évite de franchement confronter les principes du fédéralisme et de la souveraineté parlementaire, et encore moins de réduire la portée de la souveraineté parlementaire à l'aune d'une quelconque obligation de bonne foi de la part des partenaires fédéraux.

En somme, la Cour suprême contribue à la transformation partielle et graduelle de la fédération structurellement dualiste en un système coopératif, où règnent les chevauchements et les interactions entre membres de la fédération. Toutefois, cette même cour semble toujours se retrancher derrière la séparation des pouvoirs pour éviter de revoir son interprétation de la souveraineté parlementaire qui elle, conforte le fédéralisme dualiste.

Étant donné son endossement enthousiaste du « fédéralisme coopératif » depuis une bonne décennie, il eut été cohérent que le plus haut tribunal envisage de constitutionnaliser

102. *Supra*, partie I.

103. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B)*, préc., note 85, p. 530.

104. *Husky Oil*, préc., note 47, par. 41. Ces deux termes semblent utilisés de manière interchangeables et correspondent à la doctrine de « colourability » en anglais.

certaines garde-fous, qui permettent de maintenir un équilibre dans les relations fortement entrecroisées que le fédéralisme coopératif favorise. En 2015, la Cour s'est bien gardée de franchir ce pas.

Évidemment, le principe de la séparation des pouvoirs est immanquablement avancé pour faire obstacle à ce type d'intervention des juges : le caractère complexe, polymorphe, fluide, fondamentalement politique des relations entre partenaires de la fédération militerait contre un tel degré d'ingérence judiciaire.

Dans ce contexte, le chapitre 3 de la Constitution sud-africaine de 1994 qui constitutionnalise le concept de « gouvernement coopératif » pourrait inspirer une solution mitoyenne. Tout en imposant des obligations de consultation, de partage d'information, de coopération, le paragraphe 41 (3) précise que le recours aux tribunaux ne doit s'effectuer qu'en dernier ressort. Les juges sont autorisés à renvoyer une affaire aux autres branches de gouvernement en les enjoignant de fournir tous les efforts nécessaires pour résoudre leurs différends. En somme, le constituant a habilité le pouvoir judiciaire à contrôler le respect des normes de bonne conduite des divers acteurs fédéraux, mais en mettant l'accent sur les résolutions non judiciaires. Les juges peuvent ainsi éviter de s'immiscer dans la « substance » des relations intergouvernementales, pour contrôler la bonne foi avec laquelle les parties coordonnent leurs actions et négocient des solutions.

Dans cette optique, la reconnaissance d'une forme de « fidélité réciproque » serait largement de nature procédurale¹⁰⁵. Le principe du fédéralisme viendrait infléchir la souveraineté parlementaire de toutes les composantes de la fédération, sans

105. Si l'obligation de bonne foi devait être considérée comme problématique en *common law*, d'autres doctrines, telles les obligations fiduciaires réciproques (*reciprocal « resulting trust »*), pourraient potentiellement être explorées comme alternatives ou équivalents fonctionnels. La présente étude doit malheureusement faire l'impasse sur cette possibilité.

autoriser les juges à revoir l'opportunité des décisions politiques des pouvoirs exécutifs et législatifs. Il importerait plutôt une forme de limitation de « forme et de manière » dans les modalités de l'exercice des compétences avérées par les partenaires de la fédération. En cas de conflit, les juges pourraient ainsi vérifier si ces derniers ont fait montre de bonne foi, ont consulté leurs partenaires et pris leurs intérêts en considération.

En matière de protection de certains droits fondamentaux, la doctrine a noté que la propension à une interprétation expansive de droits matériels faisait graduellement place à la défense de droits procéduraux (droit d'être consultés, obligation de négociation, etc.). Malgré le potentiel louable d'inclusion qu'elle recèle, la substitution de droits procéduraux à des droits substantiels peut avoir un effet délétère, lorsque les parties en présence sont marquées par des inégalités historiques¹⁰⁶. Dans le contexte qui nous occupe, par contre, la reconnaissance de tels droits procéduraux constituerait une réelle avancée, puisqu'elle ne se substituerait pas à des droits (et obligations) matériels existants. Au contraire, il s'agirait d'inscrire dans le registre juridique des normes de comportement qui, jusque maintenant, échappaient au droit et au contrôle du juge.

En plaçant des balises procédurales à l'action autonome des partenaires de la fédération, sans appeler à l'évaluation directe de la substance des mesures contestées, cette réconciliation entre les principes du fédéralisme et de la souveraineté parlementaire ne heurterait pas le principe de la démocratie (qui constitue soit un troisième principe dont l'interprète constitutionnel doit tenir compte, soit le principe-cadre qui englobe la souveraineté parlementaire). Il ne s'agirait pas, en soi, d'imposer une obligation de coopérer¹⁰⁷, mais bien de permettre à l'arbitre constitutionnel

106. Colleen SHEPPARD, « Inclusion, Voice and Process-Based Constitutionalism », (2013) 50.3 *Osgoode Hall L.J.* 547, 547-574.

107. Discutant l'état actuel de la jurisprudence relative au fédéralisme coopératif, Jean-François Gaudreault-Desbiens affirme : « We are [...] light years away from a formal constitutional duty to cooperate that would be deemed inherent to federalism. This does not mean that

de rappeler aux partenaires de la fédération qu'ils sont tenus de prendre en compte les intérêts des uns et des autres dans l'exercice de leurs propres compétences.

III.4 L'imposition d'une obligation de bonne foi aux exécutifs : une solution de compromis?

Comme nous le verrons dans la quatrième partie, dans sa décision relative à l'abolition du registre des armes d'épaule, la Cour suprême ne semble aucunement encline à réduire la portée de la souveraineté des assemblées législatives à la lumière du fédéralisme coopératif.

Quoiqu'il en soit, il convient de considérer brièvement la possibilité que le fédéralisme coopératif puisse servir d'ancrage pour baliser les rapports non pas entre pouvoirs législatifs, au sein de la fédération, mais entre les pouvoirs *exécutifs*. Deux options seront, dans ce sens, rapidement évoquées : une réhabilitation de la doctrine des attentes légitimes d'une part, et la « responsabilité » de l'exécutif pour les conséquences découlant de certains actes législatifs, de l'autre.

❖ La doctrine des attentes légitimes

Dans le *Renvoi sur le RAP*, consciente de l'obstacle que représentait la souveraineté parlementaire en l'instance, la Colombie-Britannique avait concédé que le Parlement fédéral ne pouvait être empêché de légiférer de manière à modifier la formule de financement. Mais elle avait plaidé que l'exécutif provincial avait une « expectative » ou « attente » légitime que son homologue fédéral ne déposerait pas un projet de loi en ce sens, dans la mesure où ce projet remettait unilatéralement en cause un arrangement coopératif bien établi.

cooperation is not constitutionally *valued*, which is markedly different from being compulsory », J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 6, p. 99 (soulignements dans l'original).

La Cour suprême a rejeté l'argument au motif que lorsqu'il introduit un projet de loi, particulièrement un projet de loi ayant des conséquences budgétaires, l'exécutif fait partie intégrante du rouage législatif. L'empêcher de déposer ce type de projet de loi constituerait donc une entrave à la souveraineté parlementaire¹⁰⁸. Or, comme on l'a vu, en 1991, la Cour s'est refusée à reconnaître une quelconque limitation à cette souveraineté au nom du fédéralisme. Dans la décision relative aux armes à feu de 2015, la majorité de la Cour réitère cette position¹⁰⁹.

Toutefois, la Cour n'a pas expressément rejeté l'application de la doctrine des attentes légitimes lorsqu'un exécutif remplit une fonction exécutive ou administrative, et non pas législative. L'on pourrait soutenir, qu'*a contrario*, en l'absence d'intervention législative, les modifications d'orientations politiques qui remettent en cause des arrangements coopératifs pourraient justifier le recours à cette doctrine¹¹⁰.

En d'autres termes, sans revoir leur interprétation maximaliste (et à mon avis, anachronique) de la souveraineté parlementaire, les juges pourraient imposer aux exécutifs des obligations réciproques de bonne foi¹¹¹. La loyauté fédérale serait ainsi limitée à la branche exécutive et n'affecterait pas la souveraineté des assemblées législatives. Au minimum, une reconnaissance de l'applicabilité de la doctrine des attentes

108. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, préc., note 85, p. 559.

109. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc. note 5, par. 25.

110. Resterait évidemment à déterminer laquelle de la conception « substantielle » ou « procédurale » de la doctrine pourrait trouver à s'appliquer. Si, dans le premier cas, la réparation peut consister en un maintien du *statu quo ante* (et donc de l'interdiction de modifier unilatéralement l'arrangement), dans le second, son application pourrait au minimum incorporer une obligation de consultation – de bonne foi – avant l'introduction de modifications par un partenaire fédéral, de politiques publiques échafaudées de concert avec d'autres partenaires de la fédération.

111. Gus VAN HARTEN, Gerald HECKMAN et David MULLAN, *Administrative Law: Cases, Text and Materials*, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 2010, p. 159 et suiv.

légitimes dans ce contexte générerait des obligations de consulter, de bonne foi, avant toute modification unilatérale d'une norme faisant partie d'un écheveau normatif enchevêtré et négocié. On pourrait soutenir qu'une telle obligation, ancrée dans un principe constitutionnel sous-jacent, aurait un fondement juridiquement plus solide que la Directive sur la réglementation intelligente adoptée par le gouvernement fédéral¹¹².

❖ **La « responsabilité » de l'exécutif pour les conséquences découlant de certains actes législatifs**

Dans *Wells*, la Cour suprême du Canada a statué que, dans un régime parlementaire, le pouvoir exécutif ne peut se réfugier derrière une assemblée législative qu'il maîtrise (du moins lorsque le gouvernement dispose d'une majorité de députés dans l'assemblée), pour justifier une action prise de mauvaise foi. En l'occurrence, le gouvernement de Terre-Neuve avait introduit un projet de loi abolissant une Commission et mettant fin aux contrats de travail des commissaires. M. Wells, ayant perdu son poste, demande réparation. Le gouvernement refuse au motif que la loi l'empêche de respecter les obligations contractuelles¹¹³. *In fine*, la Cour suprême du Canada ne remet pas en cause la loi

112. Laquelle ne s'applique qu'au processus d'adoption de normes réglementaires et non pas législatives : *Directive du Cabinet (fédéral) sur la gestion de la réglementation*, art. 39, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/rtrap-parfa/cdrm-dcgr/cdrm-dcgrtb-fra.asp>> (consulté le 13 octobre 2013). Cette directive met à jour et remplace la *Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation* (2007) et la *Politique de réglementation du gouvernement du Canada* (2009) : art. 7(n) et (p) de la Directive de 2012. Il est intéressant de noter, toutefois, que la nouvelle Directive ne traite plus les entités fédérées comme de simples « *stakeholders* », mais accorde au moins une section spécifique à la consultation avec les provinces et territoires. Sur cette Directive et sur l'impact sur le fédéralisme « en réseau », voir France HOULE, « La réglementation intelligente et la gouvernance publique contemporaine », dans *Conférence des juristes de l'État 2011, XIXe conférence Le juriste de l'État au cœur d'un droit public en mouvement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, 173-202.

113. *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, 220.

provinciale (au nom de la souveraineté parlementaire). Par contre, elle statue que l'exécutif devait payer des dédommagements à l'intéressé. Pour une Cour unanime, le juge Major affirme qu :

il existe une distinction fondamentale entre le fait pour la Couronne de se soustraire à l'exécution d'un contrat au moyen d'une loi, et le fait d'échapper entièrement aux conséquences juridiques d'une telle mesure [...]

Dans un pays régi par la primauté du droit, nous présumons que le gouvernement respectera ses obligations, à moins qu'il n'exerce expressément son pouvoir de ne pas le faire [...] Faute d'une intention expresse et claire d'abroger des droits et des obligations — droits de la plus haute importance pour l'individu — ces droits demeurent en vigueur. Prétendre le contraire signifierait que le gouvernement n'est lié que par son caprice, non par sa parole. Au Canada, cela est inacceptable et *ne concorde pas avec la façon dont on envisage la relation entre l'État et ses citoyens*¹¹⁴.

En d'autres mots, même si la souveraineté parlementaire ne peut empêcher un législateur d'adopter des lois et de les révoquer, il ne s'ensuit pas pour autant que le gouvernement qui, de ce fait, parvient à se dégager d'engagements antérieurs ne puisse être tenu à réparations, *sauf indication expresse dans la loi*¹¹⁵.

114. *Id.*, 216 et 218 (soulignements ajoutés).

115. Dans *Bacon c. Saskatchewan Insurance Crop Corporation*, (1999), 180 Sask R. 20, la Cour d'appel de la Saskatchewan rejette l'argument voulant que la primauté du droit puisse être invoquée à l'encontre d'une loi qui modifie unilatéralement un contrat et exclut expressément le versement de dommages et intérêts. La décision a été rendue quelques mois avant que la Cour suprême ne rende son jugement dans *Wells*. Cela dit, le résultat eut probablement été le même (puisque l'exclusion des réparations étaient, dans ce cas, introduite par une norme législative).

Dans quelle mesure une telle conclusion pourrait-elle également s'appliquer aux relations entre ordres de gouvernement et non pas uniquement dans les rapports entre autorités publiques et citoyens? Une telle solution opèrerait un compromis entre, d'une part, une loyauté fédérale limitant la liberté d'action des législateurs et, d'autre part, le principe démocratique qui doit permettre à chaque législature de répondre aux intérêts de ses propres commettants, y compris lorsque ce faire implique de revenir sur des engagements antérieurs¹¹⁶. Cette interprétation insèrerait ainsi une forme de « responsabilité » des gouvernements dans le cadre de leurs relations réciproques, à l'image de la responsabilité civile, contractuelle ou administrative qu'ils doivent assumer dans leurs rapports avec personnes et organes privés.

Autrement dit, un ordre de gouvernement pourrait se retirer unilatéralement d'un arrangement coopératif, par le truchement d'un acte législatif, mais il ne pourrait de ce fait se soustraire à d'éventuelles réclamations de la part de ses anciens collaborateurs. Il ne pourrait se retrancher derrière la souveraineté parlementaire pour éviter les conséquences de son retrait unilatéral. D'ailleurs, il convient de noter que le recours à la loi pour mettre un terme à des engagements intergouvernementaux assure au moins un certain degré de visibilité et de contrôle parlementaire (même si ce contrôle ne peut être exercé que par une seule assemblée, selon un schéma dualiste), ce qui est indubitablement cohérent dans un régime démocratique.

116. Pour un débat sur la réconciliation entre ces deux valeurs, voir : Johanne POIRIER, « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation? Le cas des accords de coopération dans le système fédéral belge », (2006) 33 *Revue de droit de l'ULB*, 261-314, et la réplique d'Hugues DUMONT, « L'État belge survivra-t-il à sa contractualisation? Considérations critiques sur le mode belge des accords de coopération », (2006) 33 *Revue de droit de l'ULB*, 315-344.

III.5 Vers l'émergence d'une obligation d'agir de bonne foi dans les rapports entre partenaires fédéraux?

La remise en cause de l'interprétation maximaliste de la souveraineté parlementaire, par la reconnaissance d'une forme de loyauté fédérale a été, comme nous le verrons, implicitement rejetée par la Cour suprême dans l'affaire de l'abolition du registre des armes à feu. Il est indéniable qu'une telle réinterprétation aurait requis une sérieuse distanciation par rapport à l'interprétation particulièrement formaliste, restrictive et positiviste du fédéralisme (dualiste) privilégiée par la Cour suprême lorsque les partenaires fédéraux eux-mêmes, ne s'entendent pas¹¹⁸. Elle aurait, de ce fait, constitué une forme de révolution judiciaire¹¹⁹.

Cela dit, une telle relecture se serait fort logiquement inscrite dans la droite ligne de la jurisprudence consolidant le fédéralisme coopératif, qui constitue, comme nous l'avons vu, un réaménagement prétorien de l'ordre constitutionnel canadien¹²⁰. De même, les solutions imposant des obligations de bonne foi aux pouvoirs exécutifs dans leurs relations réciproques trancheraient en partie – quoique de façon moins radicale – avec la conception foncièrement dualiste du fédéralisme canadien qui resurgit en cas de litige entre partenaires de la fédération.

Il est vrai que dans le *Renvoi relatif aux valeurs mobilières*, une Cour suprême unanime soulignait que le « courant

118. Sur les différences de stratégie judiciaire selon que les branches exécutives et ou législatives de divers ordres de gouvernement s'entendent, ou non, voir la section , *supra*, section II.3.

119. N.W. BARBER, « The Afterlife of Parliamentary Sovereignty », (2011) 9 *International Journal of Constitutional Law* (I-CON), 144-154, décrivant le sort de la souveraineté parlementaire en Angleterre dans le contexte de la jurisprudence assurant la primauté du droit européen sur le droit britannique.

120. La solution serait dans ce sens conforme avec les conditions épinglées par Jean Leclair pour assurer un recours légitime aux principes constitutionnels sous-jacents par les juges : J. LECLAIR, préc., note 76, p. 427-428.

dominant” du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l'équilibre constitutionnel inhérent à l'État fédéral canadien »¹²¹. Toutefois, dans le contexte, le terme « pouvoir » renvoie à la notion de « compétences » législatives explicites (*powers*) et non pas à une conception plus large des pouvoirs législatifs ou exécutifs.

Dans cette optique, certains indices suggèrent qu'une obligation d'agir de bonne foi dans le chef des pouvoirs publics est en voie d'émergence (timide?) dans la jurisprudence de la Cour suprême, dans d'autres contextes. Les « créanciers » d'une telle obligation de bonne foi ne sont pas les autres membres de la fédération, mais des groupes autochtones, des minorités linguistiques, voire de « simples » citoyens privés de leurs droits. La question est évidemment de savoir si une telle « philosophie » de la bonne foi pourrait – devrait – migrer vers les relations entre pouvoirs publics, afin de tenir compte de l'évolution de la normativité en réseau qui caractérise la pratique du fédéralisme coopératif.

Le premier indice est tiré de la jurisprudence relative à « l'honneur de la Couronne » qui limite la marge de manœuvre des pouvoirs publics dans leurs relations avec les peuples autochtones¹²². En raison de son caractère fondamental, cette obligation de bonne foi ne peut être abrogée ou réduite même par la voie de traités constitutionnalisés¹²³. Bien que des doutes persistent, on pourrait en déduire qu'*a fortiori*, elle doit primer sur les normes législatives unilatérales, et donc, restreindre la souveraineté parlementaire. Au minimum, du moins, l'honneur de

121. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, par. 62.

122. *Beckman c. Première nation de Little Salmon / Carmacks First Nation*, 2010 CSC 53. Dans cette affaire, la juge Deschamps considère que l'honneur de la Couronne constitue un autre principe constitutionnel sous-jacent (par. 97). Au sujet de l'honneur de la Couronne, voir aussi : *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 93 et C. SHEPPARD, préc., note 106, p. 561 et suiv.

123. *Québec (P.G.) c. Moses*, 2010 CSC 17.

la Couronne impose aux exécutifs une obligation de consulter les peuples autochtones dans la mise en œuvre de programmes législatifs¹²⁴.

Le second indice relève du droit des minorités de langues officielles. On voit émerger une jurisprudence selon laquelle les aménagements intergouvernementaux ne peuvent – en principe – avoir pour effet de réduire la portée des droits linguistiques¹²⁵. De façon particulièrement créative, la Cour supérieure du Yukon a statué que les gouvernements ont une obligation fiduciaire à l'endroit des minorités linguistiques lorsqu'ils négocient des aménagements à des ententes intergouvernementales auxquelles ces minorités ne sont pourtant pas directement parties¹²⁶. À l'instar de l'honneur de la Couronne, il découle de cette relation fiduciaire, au minimum, une obligation de consulter les représentants des minorités avant de prendre des décisions affectant leurs intérêts¹²⁷.

Le troisième exemple est inspiré de l'affaire *Wells*, examiné dans la section précédente. Il suggère que les exécutifs ne peuvent utiliser « leur » pouvoir législatif comme bouclier pour échapper à des obligations contractuelles. Sauf – et l'exception est de taille –

124. *Ross River Dena Council v. Yukon*, [2013] 2 C.N.L.R. 355, par. 39.

125. *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick c. Canada*, 2008 CSC 15.

126. *Commission scolaire francophone du Yukon no. 3 c. P.G. du Territoire du Yukon*, 2010 YKSC 57. Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel en raison d'une « crainte raisonnable de partialité » de la part du juge de première instance. La Cour d'appel tranche néanmoins certaines questions de droit, mais non pas celle touchant aux obligations fiduciaires : *Commission scolaire francophone du Yukon no. 23 c. P.G. du Territoire du Yukon*, 2014 YKCA 4.

127. La Cour suprême du Yukon contourne ainsi astucieusement le problème de l'effet relatif du contrat, en invoquant une doctrine de droit public – les obligations fiduciaires – à l'endroit des bénéficiaires d'un arrangement intergouvernemental. En effet, les minorités n'étant pas parties à l'entente intergouvernementale, elles ne peuvent en exiger le respect. La Cour d'appel ne se prononce pas non plus sur cette question, qui devrait être réexaminée dans le cadre du nouveau procès.

si l'interdiction de verser des indemnités est explicitement prévue dans une loi.

Ces trois contextes illustrent l'émergence de normes de bonne conduite imposées, au minimum, aux pouvoirs exécutifs, au bénéfice de groupes minoritaires ou autochtones, voire aux administrés. Dans certaines circonstances, le pouvoir judiciaire n'hésite plus à contrôler la violation d'aménagements gouvernementaux pris en concertation, acte qui, auparavant, aurait été considéré comme relevant soit du droit des contrats bilatéraux, soit de relations de nature politique.

Serait-il illogique ou absurde que les juges exercent une forme de contrôle analogue lorsqu'un partenaire fédéral remet en cause, de manière unilatérale, des engagements élaborés conjointement avec un autre partenaire fédéral? Concrètement, un partenaire de la fédération pourrait-il instituer une requête en jugement déclaratoire invoquant le fait qu'un acte émanant d'un autre partenaire contrevient au principe du fédéralisme, et plus précisément au fédéralisme coopératif? La réponse diffère-t-elle si cette action est de nature législative ou exécutive?

Déjà avant la décision sur l'abolition du registre des armes d'épaule, les exemples précédents ne fournissaient pas d'arguments très solides pour défendre l'existence d'une quelconque obligation d'agir de bonne foi pouvant contrer les initiatives législatives. Néanmoins, ces exemples illustrent un courant favorable au balisage du comportement des pouvoirs publics par le juge constitutionnel. Ils pourraient – et ici, l'usage du conditionnel est de rigueur – paver la voie à une éventuelle reconnaissance prétorienne d'une forme de loyauté fédérale qui viendrait tempérer la puissance « unilatérale » de la souveraineté parlementaire, dans certains contextes où le fédéralisme dualiste fait indéniablement place à des mécanismes coopératifs (très) fortement imbriqués¹²⁸.

128. Voir la remarque préliminaire de la majorité de la Cour dans l'affaire de l'abolition du registre d'épaule selon laquelle son analyse pourrait différer dans le cas d'un régime « réellement intégré » : v. par. 4. Pour rappel, le

En résumé, l'engouement pour le fédéralisme coopératif observé depuis de nombreuses années peuvent théoriquement conduire à deux évolutions jurisprudentielles. D'une part, les tribunaux pourraient imposer aux exécutifs une obligation de bonne foi, de respect des attentes légitimes, dans leurs relations respectives, notamment lorsqu'il s'agit de remettre en cause des arrangements coopératifs complexes. Cette option n'est pas, à ce jour, entièrement exclue.

D'autre part, et de manière clairement plus ambitieuse, mais aussi indéniablement cohérente, les juges auraient pu revoir la conception « maximaliste » de la souveraineté parlementaire, en y introduisant une obligation pour les branches *législatives* de tenir compte des intérêts des autres partenaires de la fédération. Il eut s'agit là de l'introduction d'une forme de « loyauté fédérale », à l'image de celle qui encadre juridiquement les rapports entre composantes de certains autres régimes fédéraux. Dans une forme quelque peu atténuée, cette loyauté fédérale pourrait être conçue comme imposant des limites de « forme et de manière » aux pouvoirs législatifs, en permettant aux juges de vérifier si des actions unilatérales contestées ont été précédées de négociations et de consultations de bonne foi. Mais sans contrôler, *in fine*, la portée des actes législatifs eux-mêmes.

L'on pourrait évidemment craindre que la reconnaissance de telles obligations de « fidélité réciproque » puisse conduire les tribunaux à arbitrer des litiges qui ont longtemps été considérés comme étant foncièrement politiques¹²⁹.

terme « intégré » signifie dans le contexte « imbriqué de façon significative ». Il ne s'agit donc pas d'un synonyme de « fédéralisme administratif » : *supra*, section I.1.

129. En particulier dans les fédérations issues de la tradition de *common law*. Les fédérations ancrées dans une tradition civiliste et « continentale » confèrent plus aisément un caractère juridique aux relations entre partenaires fédéraux : J. POIRIER et C. SAUNDERS, préc., note 8, (section II.7 du manuscrit) ; J. POIRIER, préc., note 18.

L'affaire relative à l'abolition du registre des armes à feu offre justement un terreau fertile pour réfléchir au rôle des tribunaux dans la gestion du fédéralisme canadien. Elle permet également de mettre en lumière diverses conceptions du fédéralisme qui se superposent, et parfois s'entrechoquent, au sein de la magistrature, y compris, à son plus haut sommet.

IV. L'ABOLITION DU REGISTRE D'ARMES D'ÉPAULE : LA COEXISTENCE MALAISÉE DES CONCEPTIONS DU FÉDÉRALISME COOPÉRATIF ET DU FÉDÉRALISME DUALISTE

En 1995, le Parlement fédéral, sous l'impulsion d'un gouvernement Libéral, a adopté la *Loi sur les armes à feu*¹³⁰, par le biais duquel il introduisait une obligation d'enregistrer toute arme d'épaule¹³¹. Quelques années plus tôt, la Cour suprême avait confirmé la compétence fédérale en la matière (fondée sur le droit criminel). Elle ajoutait que même si les compétences provinciales en matière de droit civil avaient pu justifier une législation provinciale au même effet, l'autorité fédérale pouvait néanmoins légiférer en vertu de la doctrine du double aspect¹³². C'est ce que cette dernière a entrepris de faire, mais en proposant aux provinces qui le souhaitent de collaborer au système mis en place.

Ainsi, la loi de 1995 prévoyait la conclusion d'ententes de financement avec les provinces acceptant de participer à sa mise en œuvre. Cinq provinces sur dix ont conclu de telles ententes¹³³. Si la Loi fédérale constitue le pilier du programme, elle s'inscrit dans un écheveau normatif composé également de règlements

130. *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39 [ci-après « Loi de 1995 »].

131. En sus de l'obligation d'enregistrer certaines armes « à usage restreint » qui existait déjà. Pour un historique de la Loi, voir Paul DALY, « Dismantling Regulatory Structures : Canada's Long-Gun Registry as a Case Study », (2014) 32 (2) *National Journal of Constitutional Law*.

132. *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31.

133. Il s'agit de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard.

fédéraux, de lois fédérales et provinciales sur la protection des renseignements personnels, d'ententes bilatérales de financement, de protocoles d'interprétation¹³⁴, etc. Le régime mis en place, complexe et imbriqué, fournit une illustration typique du fédéralisme coopératif.

Il témoigne également de deux difficultés rencontrées par les juges confrontés à la coopération entre les autres branches de divers partenaires de la fédération. Il s'agit, en premier lieu, de la normativité en réseaux échappant à la structure normative « dualiste » qui charpente officiellement le système fédéral canadien. Et, en second lieu, du décalage qui peut exister entre la formulation législative et la mise en œuvre concrète des normes par les acteurs de terrain, surtout lorsque ces derniers émanent d'autorités publiques distinctes.

L'enchevêtrement de normes et de procédures relatives au contrôle des armes à feu donne lieu à des lectures distinctes des responsabilités de chaque ordre, voire même du chef de compétences en vertu duquel les provinces agissent. Ces « doubles lectures » ne sont pas inédites dans le contexte du fédéralisme coopératif « à la carte ». L'absence d'un consensus clair à ce sujet permet même, parfois, l'articulation des actions des uns et des autres : un flou artistique plane sur les compétences, mais on s'entend « sur le terrain »¹³⁵. Les problèmes surgissent, évidemment, lorsque les parties ne s'entendent plus sur ce même terrain et que les divergences d'interprétation sur la titularité des compétences et le fondement de l'action publique font surface. C'est en partie ce qui marque le litige relatif à l'abolition (partielle) du registre des armes à feu.

En effet, en 2012, donnant suite à des promesses électorales, le gouvernement conservateur à Ottawa abolissait

134. Un protocole produit par le ministère de la Justice du Canada en 1998, porte sur les difficultés d'un système aussi complexe d'échange d'informations à caractère personnel.

135. Voir J. POIRIER, préc., note 44, p. 450.

l'obligation d'enregistrer les armes d'épaule¹³⁶. Si ce choix politique fait l'objet de vives critiques au Québec, la constitutionnalité de l'abolition n'est pas, en soi, remise en cause. À cet égard, la vision « traditionnelle » de la souveraineté parlementaire, selon laquelle un législateur peut abroger toute loi préalablement adoptée, n'est pas directement contestée¹³⁷. Par contre, le Québec s'objecte à l'obligation de destruction de toutes les données comprises dans le registre des armes d'épaules décrétée unilatéralement par les autorités fédérales, par le truchement de l'article 29 de la loi abrogative de 2012.

Alors que les autres provinces ayant participé au régime coopératif obtempèrent à l'ordre de destruction, le Québec refuse, alléguant souhaiter instituer son propre registre, en vertu de ses propres compétences constitutionnelles¹³⁸. C'est d'ailleurs suite à ces déclarations que l'article 129 avait été rajouté au projet de loi fédéral. Les versions antérieures ne comportaient aucune référence à la destruction des données¹³⁹.

La province souhaite récupérer les données colligées au cours des quelque quinze ans de l'existence du registre ayant un lien avec le Québec, et ce, pour deux motifs. Premièrement, afin de réduire les coûts de l'élaboration d'un registre entièrement nouveau. Deuxièmement, et surtout, afin de ne pas perdre des données antérieures qui fournissent un historique quant à la

136. *Loi sur l'abolition du registre des armes d'épaule*, L.C., 2012, ch. 6 [ci-après « Loi de 2012 »]. Le gouvernement avait, *de facto*, décriminalisé la possession d'armes d'épaule depuis 2006, en décrétant des amnisties contre les constats d'infraction. Toutefois, les données étaient toujours récoltées par les autorités en vertu de la loi de 1995: *Décret fixant une période d'amnistie (2006)*, DORS/2006-95 [mod. 2007-101, 2008-147, 2009-139, 2010-104, 2011-102, 2013-96, 2014-123], cité par. 64. *Canada (Procureur général) c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 14 (ci-après « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC).

137. *V. infra*, section IV.3.

138. *Barbra Schlifer Commemorative Clinic c. Canada*, 2012 ONSC 5271, par. 3 et 161.

139. V. par. 167, 174 et 187 des motifs minoritaires (non contestés par la majorité) dans « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5).

possession des armes d'épaule sur son territoire¹⁴⁰. La preuve démontre que 90% des armes à feu enregistrées au Québec sont des armes d'épaule et que la destruction des données effacera la trace d'environ 1.5 millions d'armes¹⁴¹.

Le Québec introduit une requête en jugement déclaratoire alléguant l'inconstitutionnalité de l'article 29. Il plaide notamment que la province ayant contribué à l'élaboration du registre (et à la collation des données), l'autorité fédérale ne pouvait unilatéralement en ordonner la destruction. La province exige également le transfert des données ayant un lien avec le Québec. Le juge Blanchard de la Cour supérieure du Québec lui donnera raison¹⁴². Une formation (relativement exceptionnelle) de cinq juges de la Cour d'appel du Québec cassera unanimement le jugement de première instance¹⁴³.

Pour sa part, une courte majorité de cinq juges de la Cour suprême confirme pour l'essentiel l'arrêt de la Cour d'appel¹⁴⁴. Quatre juges – dont les trois juges du Québec qui signent ensemble l'opinion dissidente à laquelle souscrit une autre juge – auraient donné raison au Québec, mais pour des motifs qui

140. Ayant vécu les drames de Polytechnique et du Collège Dawson, le Québec avait été à l'avant-plan de la demande d'un programme d'enregistrement de toutes les armes. On peut présumer que si l'autorité fédérale n'avait pas agi en 1995, la province aurait souhaité le faire. En l'occurrence, province et autorité fédérale s'étaient mises d'accord pour un arrangement concerté, mais dans le cadre d'un programme largement fédéral.

141. V. extraits d'affidavits cités par les juges minoritaires dans « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5. Faits non mentionnés par la majorité.

142. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2012 QCCS 1614 (ci-après « Décision sur les armes à feu », 2012, CS).

143. *Canada (Procureur général) c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1138 (ci-après « Décision sur les armes à feu », 2013, CA).

144. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, jugement majoritaire rédigé par les juges Cromwell et Karakatsanis, auxquels la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver apportent leur appui.

s'éloignent partiellement de ceux retenus par le juge de première instance¹⁴⁵.

IV.1 Un contexte factuel et normatif complexe et contesté

Selon l'adage : « *bad facts make bad law* ». En l'occurrence, une appréciation divergente des faits conduit inmanquablement à des conclusions juridiques divergentes. On pourrait dire « *contested facts, make divergent law* ».

En effet, une épineuse question de faits fonde le dilemme constitutionnel : le registre des armes d'épaule résulte-t-il d'une délégation administrative révocable par l'autorité fédérale à (certaines) provinces? Ou s'agit-il plutôt d'un programme réellement conjoint - un « partenariat » - au sein duquel chaque ordre intervient dans l'exercice de ses propres compétences? Le flou artistique qui a facilité l'élaboration du régime - en évitant de devoir réconcilier des positions potentiellement contradictoires - fait place à une rixe constitutionnelle, lorsque les parties ne s'entendent plus.

La qualification factuelle - qui divise les juges - est tout à fait déterminante en l'espèce. En effet, tout en déboutant le Québec, la majorité de la Cour suprême prend soin de préciser que sa :

conclusion en l'espèce repose en partie sur le fait que le Registre canadien des armes à feu (« RCAF ») découle directement d'une loi fédérale et ne dépend d'aucun texte législatif provincial. *Différentes considérations peuvent être présentes dans le cas d'un régime législatif fédéral-provincial réellement intégré* [*“interlocking ... framework”*]. Le RCAF ne constitue cependant pas, à notre avis, un régime de ce genre. Nous n'avons donc

145. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, motifs dissidents rédigés par les juges Lebel, Wagner et Gascon, avec l'appui de la juge Abella.

pas à nous demander ce qui pourrait arriver si c'était le cas¹⁴⁶.

Or, pour les quatre juges dissidents, au contraire :

« tant la collecte des données concernant les armes d'épaule que les initiatives plus larges visant à réglementer l'usage de ces armes se sont effectuées en *partenariat* avec les provinces, dont le Québec. En présence d'un tel *régime intégré* [*« integrated scheme »*] qui fait appel à l'exercice de compétences législatives fédérale et provinciales, une application particulière du cadre d'analyse en matière de partage des compétences est requise »¹⁴⁷. [...C]e *partenariat* a fait appel à la participation administrative, financière et législative du Québec¹⁴⁸.

L'une des clés du litige réside dans l'appréciation du type et du degré de contribution des autorités provinciales à l'élaboration du registre que l'autorité fédérale veut abolir et dont il veut détruire le contenu. C'est ici qu'intervient ce que j'appellerais l'échelle de pertinence factuelle.

Les juges majoritaires, à l'instar de la Cour d'appel, focalisent leur analyse sur les règles entourant le registre aboli (et dont les données doivent être détruites). Pour leur part, le premier juge et les juges minoritaires de la Cour suprême tiennent compte d'un contexte plus vaste. Ils notent l'interaction constante des autorités provinciales et fédérales dans le cadre du « Programme canadien des armes à feu » en général. De plus, ils analysent en détails l'interdépendance des registres au sein de la banque de données, soulignant notamment que la destruction des données

146. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 4 (soulignements ajoutés).

147. *Id.*, par. 50 (soulignements ajoutés).

148. *Id.*, par. 172. (soulignements ajoutés).

d'enregistrement devrait prendre des mois, en raison de leur imbrication avec les autres données du registre¹⁴⁹.

À ce stade, il importe de clarifier l'une des nombreuses sources de confusion dans le présent dossier. Depuis la mise en place du système, l'expression « Registre canadien des armes à feu » renvoie, en réalité, à une combinaison de trois registres distincts : celui des *enregistrements* à proprement parler (et qui fait l'objet de l'abrogation et de l'ordre de destruction de données); celui relatif aux *permis* de port d'armes (lequel n'est pas affecté par la loi de 2012) et un troisième relatif aux armes détenues par les forces policières et qui n'est pas en cause en l'instance. Tous étaient gérés par la Gendarmerie royale du Canada via une banque de données unique, le « Système canadien d'information relativement aux armes à feu (SCIRAF) ».

Pour leur part, s'appuyant en partie sur divers documents administratifs, ententes, déclarations gouvernementales, affidavits de gestionnaire des registres, etc., les juges minoritaires de la Cour suprême endossent largement la position du Procureur général du Québec, et les conclusions de faits du premier juge, selon lequel *l'ensemble du programme* constitue un « partenariat » fédéral-provincial¹⁵⁰.

Les juges majoritaires de la Cour suprême reprennent largement l'exposé des faits présenté par le Procureur général du Canada. Ils estiment que la preuve au dossier démontre bien l'existence de registres distincts et inter-reliés au sein d'une même banque de données. Mais ils ajoutent que seul l'un de ces registres – celui des *enregistrements* – est visé par l'abrogation

149. *Id.*, par. 115-135, particulièrement, par. 110. V. aussi, par. 55 et 63.

150. Le préambule des trois accords financiers successifs, conclus dans le cadre de ce programme, faisait en effet référence à un « partenariat » entre le Centre canadien des armes à feu (responsable de l'application de la loi) ou la GRC d'une part, et le Québec, de l'autre, pour « assurer l'efficacité de l'administration de la Loi sur les armes à feu » : « Décision sur les armes à feu », 2012, CS, préc., note 142, par. 80.

législative de 2012 et que, par conséquent, l'analyse constitutionnelle ne doit viser que ce registre.

En effet, pour la majorité de la Cour suprême, en vertu de la loi de 1995, le registre des *enregistrements* des armes d'épaule, relève entièrement de la compétence fédérale. Ce registre est géré par un « Directeur », désigné par un ministre fédéral. Ce sont les données contenues dans ce registre que l'article 29 de la nouvelle loi fédérale ordonne de détruire. Quant au second registre qui vise les données relatives aux *permis* de port d'armes d'épaule, il relève d'un « Contrôleur ». Selon une formule asymétrique, dans certaines provinces (et tous les territoires), celui-ci est désigné par un ministre fédéral, alors que dans les cinq provinces ayant conclu une entente avec l'autorité centrale, le « Contrôleur » est désigné par un ministre provincial. Au Québec, la contrôlease était membre de la Sûreté du Québec. Pour rappel, ce second registre n'est pas remis en cause par la loi d'abrogation.

Tous les juges reconnaissent qu'en vertu de la loi de 1995, seul le Directeur (fédéral) pouvait inscrire des données dans le registre des *enregistrements*, ou modifier ces données. De même, seul le Contrôleur (*in casu*, provincial) pouvait ajouter ou modifier des données dans le registre des *permis*. Par ailleurs, directeur et contrôleurs avaient réciproquement accès à toutes les données¹⁵².

Les juges ne tirent cependant pas les mêmes conclusions de cette forme de « partage des tâches » officiel. Ainsi, pour la majorité, le fait que seul le Directeur ou les Contrôleurs pouvaient matériellement modifier les données implique que *légalement*, ils ne contrôlaient que leur propre registre¹⁵³. Au contraire, pour la minorité, les échanges fréquents d'information entre gestionnaires du registre d'enregistrement et celui des permis font en sorte que

152. Art. 87 et 90 de la *Loi de 1995*. V. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 6 et 60-62.

153. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 26.

ces deux registres font, en réalité, partie intégrante d'un même régime¹⁵⁴.

Le texte même de la l'article 29 de la loi de 2012 (qui ordonne la destruction des données) semble en partie démentir l'interprétation stricte de la loi de 1995. En effet, le paragraphe 29(2) dispose que « chaque contrôleur » (provincial) veille à détruire les « registres et fichiers » (« *records* ») relatifs à l'enregistrement des armes d'épaule qui « relèvent de lui » (« *under their control* »)¹⁵⁵.

A priori, cette formulation suggère que des données relatives à l'enregistrement des armes peuvent être contrôlées à la fois par des fonctionnaires fédéraux et provinciaux. Or, pour les juges majoritaires, ces données n'ont tout simplement jamais été – *légalement* – sous le contrôle des autorités provinciales. Pour la minorité au contraire, le Québec avait contribué à la construction de la base de données, même s'il n'avait pas directement « saisi » certaines données¹⁵⁶. La minorité déplore ainsi la vision « compartimentée » de la Cour d'appel (et implicitement de la majorité de la Cour suprême). Cette vision est contredite, selon eux, par la preuve qui démontre que les composantes du régime des armes à feu ne fonctionnaient pas « en vases clos »¹⁵⁷.

En fait, même la Cour d'appel, qui avait nié l'existence d'un partenariat, avait implicitement reconnu la porosité de la frontière entre les divers registres. Elle soulignait, entre autres que tout fichier relatif à demande de permis d'une personne préparé par le Contrôleur (provincial) « comprend un rapport sur *l'inventaire des*

154. *Id.*, par. 103 (citant le par. 47 du *Renvoi relatif à la loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31.

155. Par. 29(2) de la Loi de 2012.

156. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 110 et 121.

157. "The different aspects of the scheme established by the FA (Firearms Act, 1995), do not operate in isolation": « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 114.

armes à feu qu'elle possède »¹⁵⁸. Ces informations étaient alors déposées au registre des permis (lequel est entièrement accessible aux autres contrôleurs et au directeur du registre des enregistrements).

Cette divergence d'appréciation et de qualification des faits reflète en partie une compréhension divergente des rôles respectifs des ordres de gouvernement en présence. C'est ici que la distinction entre systèmes fédéraux « dualistes » d'une part, et « administratifs » d'autre part, prend tout son sens¹⁵⁹.

Ainsi, la Cour d'appel avait statué que tout en étant désignée par un ministre provincial, la Contrôleure du Québec exerçait « des fonctions administratives » qui avaient « été déléguées à des fonctionnaires provinciaux moyennant compensation »¹⁶⁰. Similairement, pour les juges majoritaires, la Contrôleure du Québec n'agissait pas comme fonctionnaire provinciale, même en ce qui a trait à la tenue du registre des permis¹⁶¹. Et, *a fortiori*, on imagine, en ce qui a trait à une quelconque participation éventuelle au registre des enregistrements. Autrement dit (et ce sont mes termes, ici), dans ce cas, la province aurait agi comme « agent » du fédéral, dans une forme de fédéralisme « administratif à la carte »¹⁶².

Cette conception fait écho aux propos de Stephen Harper, à la Chambre des communes, avant qu'il ne devienne premier ministre :

Certes, c'est le ministère de la Justice qui assume la responsabilité globale du contrôle des armes à feu, mais *l'administration du programme* est surtout l'affaire des gouvernements provinciaux et

158. « Décision sur les armes à feu », 2013, CA, préc., note 143, par. 21 (soulignements ajoutés).

159. V. *supra*, section I.1.

160. « Décision sur les armes à feu », 2013, CA, préc., note 143, par. 55.

161. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 26.

162. Voir, *supra*, section I.1.

territoriaux, des contrôleurs des armes à feu et des forces de police locales¹⁶³.

Le Québec n'interprète pas le régime instauré de la même façon et ne se conçoit pas comme un « agent » de l'autorité centrale, surtout lorsqu'il agit dans une sphère de compétences partagées (pour rappel, le Québec aurait pu mettre sur pied ce même registre d'enregistrement). La province soutient qu'il a collaboré à la création du registre des enregistrements, et ce, dès le départ.

Cette assertion est rejetée par les juges majoritaires de la Cour suprême qui, à l'instar de la Cour d'appel, contestent que la contribution concrète des fonctionnaires provinciaux puisse constituer une réelle « participation » au registre des enregistrements. Les juges majoritaires ont ainsi recours à une interprétation relativement stricte du droit positif (de la loi) qui crée un système relativement hiérarchique, dans lequel l'autorité fédérale contrôle le processus, et en délègue une partie aux provinces qui le souhaitent, en échange de compensations financières.

Encore une fois, cette vision plus « cloisonnée » est rejetée par les juges dissidents qui constatent une interaction beaucoup plus complexe entre autorités fédérale et provinciales. En cohérence avec leur approche davantage contextualisée, ces derniers passent en revue une série de fonctions provinciales et fédérales exercées par la Contrôleure, pour conclure que le partenariat relatif au contrôle des armes à feu et à la gestion des données reposait sur l'exercice de compétences *législatives* tant

163. (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 216, 1^{re} sess., 35^e lég., 12 juin 1995, p. 13631), cités dans « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 56. V. aussi extraits du résumé législatif de la Loi de 2012, cités au par. 119.

fédérales que provinciales¹⁶⁴. Ils soulignent, par ailleurs, que la preuve démontre que la compensation financière ne couvrirait qu'environ 2/3 des frais réels, ce qui implique nécessairement un engagement financier de la part des provinces participantes¹⁶⁵.

Les conceptions divergentes du contexte factuel retenu par les juges pourraient être schématisées comme suit. Pour la majorité de la Cour suprême (à l'instar de la Cour d'appel), la coopération observée prend davantage la forme d'une délégation administrative révocable, selon un mode partiel de fédéralisme « administratif » ou « fonctionnel »¹⁶⁶, et seulement en ce qui a trait à une partie spécifique du Régime relatif aux armes à feu. L'abrogation unilatérale d'un des registres peut être problématique sur le plan politique, mais il ne s'agit pas d'une question juridique dont les tribunaux doivent (ou peuvent) se saisir.

Pour leur part, les juges dissidents de la Cour suprême conçoivent, à l'instar du juge première instance, que « tout le système » découle d'un arrangement coopératif, en ce compris le registre des enregistrements. Par contre, les conclusions juridiques qu'ils tireront de cette analyse factuelle diffèrent de celles du premier juge.

Pour celui-ci, le législateur fédéral peut souhaiter mettre un terme au « système coopératif », mais il ne peut le faire unilatéralement, sans tenir compte des intérêts des autres partenaires investis dans cette entreprise conjointe. Il endosse ainsi indéniablement – mais implicitement – une forme de « loyauté fédérale » qui viendrait moduler la liberté d'action des divers ordres de gouvernement¹⁶⁷.

164. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 128 (soulignements ajoutés).

165. *Id.*, par. 57 et 131.

166. Dans ce contexte, ces expressions renvoient à un système au sein desquelles les entités constituantes mettent en œuvre (administrent) les lois et politiques fédérales : v. section I.1.

167. *V. infra*, section IV.3.

Les juges minoritaires de la Cour suprême adoptent une solution moins « radicale » sur le plan juridique.¹⁶⁸ Comme nous le verrons, ils ancrent leur opinion dissidente dans une interprétation nuancée de la répartition des compétences, plutôt que dans la reconnaissance d'un principe supra-législatif qui introduirait une obligation de bonne foi ou de « bonne conduite fédérale » dans le chef des pouvoirs législatifs.

IV.2 Le fédéralisme coopératif et la répartition des compétences

Comme nous l'avons vu précédemment, le recours au fédéralisme coopératif dans le discours judiciaire remplit trois fonctions. Il peut servir de guide d'interprétation relatif à la répartition des compétences; de motif de « bienveillance » face à des arrangements parfois en tension avec les règles formelles de droit public; et enfin, de principe pouvant moduler non pas la titularité d'une compétence, mais la manière dont elle peut être exercée.

La prochaine sous-section aborde la troisième de ces fonctions. La deuxième n'est pas en cause en l'espèce. En effet, il n'est pas exclu que des difficultés aient pu surgir quant aux mécanismes de contrôle judiciaire de décisions prises par le contrôleur provincial agissant en vertu d'une loi fédérale¹⁶⁹. Toutefois, ce type de questions n'était pas soulevé en l'instance.

168. Paul DALY, "Cooperative Federalism Divides the Supreme Court of Canada: Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)", *Int'l J. Const. L. Blog*, Mar. 30, 2015, <http://www.iconnectblog.com/2015/03/cooperative-federalism-divides-the-supreme-court-of-canada-quebec-attorney-general-v-canada-attorney-general> (dernière consultation, 27 mai 2015).

169. À cet égard, il est intéressant de noter que les recours contre les décisions et les actes de ce fonctionnaire provincial, agissant dans le cadre de ce « système » devaient être introduits devant la Cour supérieure du Québec (et non pas la Cour fédérale) (art. 74 Loi de 1995 et rubrique 11 du 3^e accord). Des décisions judiciaires avaient confirmé que dans l'exercice de ses fonctions, le contrôleur (provincial) ne constitue pas un « office fédéral » dont les décisions peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale : *Whitmore c. Canada*, 2005 CF 1728 et

La présente sous-section aborde brièvement la première de ces fonctions. Il s'agit en l'occurrence du rôle dévolu au fédéralisme coopératif dans l'interprétation des compétences législatives. On a vu que la jurisprudence récente de la Cour suprême a eu recours au fédéralisme coopératif pour favoriser les chevauchements de compétences, déforçant de ce fait, la notion de « compartiments étanches ». En l'espèce, toutefois, il ne s'agit pas de décroiser les compétences (ce que le *Renvoi relatif à la loi sur les armes à feu* de 2000 avait fait en partie), mais plutôt de déterminer si le principe du fédéralisme coopératif peut jouer un rôle dans la détermination des frontières entre compétences fédérales et provinciales.

Ici également les juges se divisent largement en deux clans. En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour suprême sont d'avis que dans la mesure où le Parlement pouvait introduire le registre (en vertu de ses compétences en matière de droit criminel), il doit logiquement pouvoir le détruire. Dans le *Renvoi sur les armes à feu* de 2000, la Cour avait statué que bien qu'empiétant sur les compétences provinciales en la matière, l'obligation d'enregistrer les armes d'épaule relevait constitutionnellement de la compétence accessoire de l'autorité fédérale¹⁷⁰. En l'espèce, la majorité en déduit que la destruction du registre des enregistrements constitue également une compétence fédérale accessoire.

Bien qu'il puisse être évoqué pour assouplir l'interprétation rigide de la répartition des compétences exclusives, le principe du fédéralisme connaît des limites. Il ne peut « restreindre la portée [d'une] compétence législative ou imposer l'obligation positive de faciliter la coopération lorsque le partage constitutionnels des pouvoirs autorise une intervention unilatérale »¹⁷¹. En somme, pour la majorité, le fédéralisme coopératif ne pose pas de limite à l'exercice « par ailleurs valide » d'une compétence législative. Dans

9037-9694 *Quebec Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFFI 849 (C.F.).

170. *Renvoi relatif à la loi sur les armes à feu* (Can.), 2000 CSC 31, cité dans « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 37.

171. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 20.

la mesure où l'enregistrement relève des compétences (même accessoires) de l'autorité fédérale, il importe peu que le gouvernement fédéral « avait fort possiblement comme but ultime d'empêcher le Québec de créer son propre registre »¹⁷².

Pour leur part, les juges dissidents estiment que la détermination des chefs de compétences requiert que l'on tienne compte de l'objet réel de la disposition contestée, en ce compris l'intention du législateur, de même que de ses effets juridiques et pratiques¹⁷³.

La minorité précise que lorsque, dans le Renvoi de 2000, la Cour avait statué que l'enregistrement des armes constituait une compétence fédérale accessoire à ses compétences en matière de droit criminel, le régime des armes à feu n'était pas encore en place. Les effets concrets du système – et surtout ses répercussions sur les choix politiques et législatifs des provinces – ne s'étaient pas matérialisés¹⁷⁴. De plus, à ce stade, cette compétence ne nuisait aucunement à la création de registres provinciaux. Or, vingt ans plus tard, la destruction des données sans offre préalable aux provinces de les utiliser, a un effet négatif sur les possibilités concrètes (par opposition à la possibilité juridique) de ces dernières de créer un registre efficace¹⁷⁵.

Dans le doute, il faudrait pencher en faveur de la solution la plus conforme avec la coopération. Dans la mesure où l'enregistrement des armes relève d'une compétence accessoire fédérale, la minorité est d'avis que le principe du fédéralisme coopératif doit permettre d'évaluer si l'effectivité de la loi abrogeant le registre nécessite la destruction des données. Plus cette destruction sera nécessaire, « plus grande sera la marge de tolérance du débordement » fédéral sur les compétences

172. *Id.*, par. 38.

173. *Id.*, par. 139, 167, 189.

174. *Id.*, par. 97.

175. *Id.*, par. 101.

provinciales¹⁷⁷. Moins elle le sera, moins grande sera la tolérance de l'empiètement. Ayant soupesé les aspects factuels, les juges dissidents concluent que l'autorité fédérale peut abolir le registre. Par contre, la destruction des données, sans qu'elles n'aient d'abord été offertes aux provinces participantes au régime, constitue un débordement fédéral inconstitutionnel dans la sphère de compétences des provinces, car cette destruction unilatérale n'est pas nécessaire à la réalisation de l'objectif de la loi, qui est d'abolir le registre des enregistrements¹⁷⁸.

Autrement dit, même pour la minorité l'article 29 de la loi de 2012 n'est pas inconstitutionnel parce qu'il contreviendrait directement au principe du fédéralisme coopératif qui aurait une valeur normative « supérieure » à la répartition des compétences dans la hiérarchie de normes constitutionnelles. La primauté de la Constitution écrite est clairement réaffirmée¹⁷⁹.

Le fédéralisme coopératif sert plutôt à guider les juges appelés à tracer la frontière entre compétences législatives. Sans que les juges minoritaires n'y fassent explicitement référence, il s'agit, en quelque sorte, de l'application d'un principe de proportionnalité dans la détermination des compétences. D'ailleurs :

La nécessité de respecter les compétences de chacun s'impose encore davantage lorsque les parties ont choisi d'agir en partenariat. Dans un contexte de coopération, les actions d'un ordre de gouvernement peuvent entraîner des répercussions importantes sur l'autre ordre. Il est donc nécessaire de demeurer vigilant au risque accru d'atteinte à l'équilibre constitutionnel que protège le principe du fédéralisme. Il n'est pas question ici d'altérer la séparation des pouvoirs de notre Constitution par l'utilisation du

177. *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, par. 193.

178. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 51

179. *Id.*, par. 144.

fédéralisme coopératif, mais plutôt d'en assurer le respect¹⁸⁰.

Pour les juges minoritaires, l'article 29 de la loi de 2012 ne fait pas qu'abroger un régime fédéral. Il abolit également la composante provinciale du régime, car la preuve démontre que le Québec a ajusté ses politiques publiques – et légiféré – en fonction de la loi fédérale. L'autorité fédérale aurait pu agir seule. Mais elle ne l'a pas fait. Elle a choisi de collaborer. Pour la minorité, on ne peut faire abstraction de ce fait dans l'analyse des « débordements » fédéraux dans la sphère de compétences provinciales¹⁸¹.

Alors que la majorité fait fort peu de cas des principes non-écrits en l'espèce, pour la majorité, ces principes « imprègnent l'analyse et l'interprétation du partage des compétences ». Le recours à ces principes est particulièrement opportun lorsque surviennent « des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévues dans le texte de la Constitution »¹⁸². Or, le démantèlement unilatéral d'un partenariat est une situation inusitée qui justifie le recours à des principes non-écrits¹⁸³. Il serait, selon les juges dissidents :

[...] illogique, d'une part, d'encourager la coopération et de reconnaître la validité de régimes établis en partenariat, mais, d'autre part, de refuser de tenir compte de ce contexte particulier lorsque ces régimes prennent fin¹⁸⁴.

L'approche minoritaire est très cohérente, et pourtant, elle a quelque chose de paradoxal. Elle prend acte des difficultés concrètes générées par les chevauchements avalisés par le

180. *Id.*, par. 154. V. aussi les par. 51-52, 79 et 81.

181. *Id.*, par. 183.

182. *Renvoi sur la sécession du Québec*, 1998, par. 52, cité dans « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 144.

183. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 150.

184. *Id.*, par. 152.

principe du fédéralisme coopératif. Toutefois, la réponse préconisée face à l'impact des actions d'un ordre de gouvernement sur un autre dans un contexte d'intervention imbriquée, est de déplacer (ou de replacer) une frontière entre les compétences fédérales et provinciales, et donc, de restreindre, en quelque sorte, le chevauchement.

IV.3 Le fédéralisme coopératif c. la souveraineté parlementaire

La sous-section précédente explorait l'impact du fédéralisme coopératif dans la détermination de la répartition des compétences législatives. La présente examine le traitement réservé à la troisième acception du fédéralisme coopératif, en vertu de laquelle ce dernier pourrait infléchir non pas la titularité des compétences législatives, mais bien la manière dont elles peuvent être exercées. Réinterprété de la sorte, le fédéralisme coopératif induirait une forme d'obligation de bonne foi, une injonction de tenir compte des intérêts des autres ordres de gouvernement. Pour les tribunaux, il ne s'agit plus uniquement de déterminer « qui peut faire quoi », mais « comment ils peuvent le faire ».

Dans les circonstances, le recours au fédéralisme coopératif pour contrôler les actes du pouvoir exécutif n'est pas pertinent, puisque c'est la constitutionnalité d'une disposition législative qui est en cause. Le volet « atténué » de l'obligation de bonne foi examinée plus haut aurait peut-être pu intervenir avant l'introduction du projet de loi par le gouvernement fédéral¹⁸⁵. Mais cette forme plus modeste n'est plus suffisante une fois la loi approuvée par le Parlement.

Vu sous cet angle, il ne s'agit pas du recours (ou non) au fédéralisme coopératif pour moduler la répartition des compétences, mais plutôt de savoir si une norme législative autrement valide pourrait être déclarée inconstitutionnelle au motif qu'elle contrevient au fédéralisme coopératif. Le litige

185. Voir *supra*, partie III.5.

soulevait donc la question de l'impact potentiel du fédéralisme coopératif sur la souveraineté parlementaire, l'un des pilier du fédéralisme « dualiste » canadien¹⁸⁶.

De manière tacite, le premier juge semblait inférer que la conception du fédéralisme coopératif, qui conduit à accroître les chevauchements de compétences, devrait intégrer une forme de loyauté fédérale. Cette dernière imposerait aux partenaires de la fédération un devoir de réserve dans l'exercice de leurs propres compétences. Elle constituerait également une norme de contrôle juridictionnel de l'impératif de comportement coopératif.

La stricte répartition des compétences ne serait donc pas l'unique élément à l'aune duquel le pouvoir judiciaire serait habilité à évaluer la conformité d'une loi avec le principe du fédéralisme. Selon cette conception, le fédéralisme coopératif pourrait infléchir la souveraineté d'une assemblée législative lorsqu'une politique publique et un régime administratif concertés sont remis en cause de manière unilatérale. De manière implicite, il s'agissait d'une invitation à nuancer – sinon à renverser – les conclusions lapidaires du juge Sopinka dans le *Renvoi sur le RAP*.

La Cour d'appel a rejeté cette incursion judiciaire dans les relations qu'elle considère essentiellement politiques. Sans surprise, les juges majoritaires de la Cour suprême également. Pour ces derniers, le principe du fédéralisme coopératif ne restreint pas la portée d'une compétence législative et n'impose pas d'obligation positive de faciliter la coopération, lorsque l'action unilatérale est, par ailleurs, juridiquement possible. Le principe ne permet même pas au pouvoir judiciaire d'intervenir lorsqu'un ordre de gouvernement a « très possiblement » l'intention de nuire à un autre. Pour la majorité, en

186. Voir *supra*, section III.2, et Johanne POIRIER, « Taking Aim at Cooperative Federalism: The Long-Gun Registry Decision by the Supreme Court of Canada », *International Journal of Constitutional Law Blog* (I-Connect), 15 avril 2015, disponible à : <http://www.iconnectblog.com/2015/04/taking-aim-at-cooperative-federalism-the-long-gun-registry-decision-by-the-supreme-court-of-canada> (dernière consultation, 28 mai 2015).

[...] décider autrement minerait la souveraineté parlementaire et créerait un flou juridique chaque fois qu'un ordre de gouvernement adopte une loi qui a une certaine incidence sur les objectifs de politique générale de l'autre¹⁸⁸.

Pour la minorité, par contre, l'intention de nuire qu'elle a constatée contribue à faire (re)basculer la disposition dans la sphère de compétences provinciales. Ce faisant la minorité écarte – sans la dénoncer explicitement – la conclusion du premier juge selon lequel le Parlement avait commis un « usage abusif de la compétence en droit criminel pour envahir un domaine de compétence provincial »¹⁸⁹, une sorte d'abus de compétences, analogue à l'abus de droit en droit civil.

Les juges minoritaires n'entérinent pas - même implicitement - une telle norme de bonne foi ou de bonne conduite qui viendrait altérer la souveraineté parlementaire. La souveraineté du Parlement n'est pas réduite. Ce dernier n'avait simplement pas la compétence pour légiférer comme il l'a fait¹⁹⁰. Le fédéralisme coopératif a entraîné une interprétation nuancée de la répartition des compétences, en cohérence avec l'élargissement prétorien des compétences partagées. Mais ce même fédéralisme coopératif n'offre pas d'instrument de contrôle de constitutionnalité hors du mécanisme somme toute fort traditionnel, de l'interprétation des compétences législatives.

La conception diceyenne, maximaliste de la souveraineté parlementaire semble donc sortir indemne de l'analyse tant des juges majoritaires que minoritaires. Bien que la minorité ait partiellement distingué les faits du *Régime d'assistance publique* de 1991 de ceux de la présente affaire, elle n'a pas foncièrement remis en cause les conclusions de la Cour relativement à la souveraineté parlementaire. Quant au jugement majoritaire, il

188. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 20.

189. *Id.*, par. 126.

190. *Id.*, par. 191.

s'inscrit dans la droite ligne de la décision de 1991¹⁹¹. Les contours de ce principe non-écrit ne sont pas redéfinis par ceux du fédéralisme coopératif. Cette forme d'immunité contre l'influence d'un autre principe non-écrit lui confère potentiellement un statut tout à fait particulier en droit constitutionnel canadien.

III.4 Les tribunaux : promoteurs et/ou gardiens du fédéralisme coopératif?

En endossant implicitement une norme juridique de loyauté fédérale, le juge Blanchard de la Cour supérieure contribuait de façon audacieuse et innovante à l'évolution du fédéralisme canadien. À cet égard, il déclarait que :

[...] pour le tribunal, il ne s'agit pas d'apprécier la légitimité politique d'une loi, mais bien plutôt d'en constater et d'en analyser les origines et les conséquences qui en découlent, puisque la légitimité parlementaire n'entraîne pas nécessairement la conformité constitutionnelle¹⁹².

Et d'ajouter : « il ne s'agit pas là d'un jugement de nature politique puisque [le Tribunal] ne possède aucune autorité pour ce faire, mais bien plutôt un constat juridique qui découle des règles et des principes du droit constitutionnel canadien »¹⁹³.

La Cour d'appel considérait, au contraire, que l'approche préconisée par le premier juge conduisait le pouvoir judiciaire à se prononcer sur l'opportunité d'une disposition législative. Or,

191. Tant les juges majoritaires que minoritaires citent la décision de la Cour dans le *Régime d'assistance publique* de 1991, discuté *supra*, section III.2. Nuance significative toutefois, alors que la majorité semble entériner la décision, la minorité l'aurait distinguée au motif que cette dernière portait sur le pouvoir de dépenser et non pas sur les contours des compétences législatives : v. par. 173 et 191.

192. « Décision sur les armes à feu », 2012, CS, préc., note 142, par. 70 et 71.

193. *Id.*, par. 145.

[il] n'appartient pas aux tribunaux de substituer leur appréciation du caractère approprié d'un projet de loi à celle des législateurs/es. Il s'agit là d'une question essentiellement politique et non justiciable. La question de l'efficacité et de l'utilité de tenir un registre sur les armes d'épaule en circulation est foncièrement politique¹⁹⁴.

La majorité de la Cour suprême souligne les divergences d'opinion sur les avantages et les risques associés à l'abolition du registre des armes d'épaule à la destruction unilatérale des données. Mais elle estime qu'il s'agit d'un choix de « politique générale » (« *policy* »), sur lequel les juges « ne doivent pas » se prononcer (en raison, on présume, du principe de la séparation des pouvoirs):

Pour certains, la décision du Parlement de détruire ces données affaiblira la sécurité publique et entraînera le gaspillage de sommes considérables de fonds publics. D'autres y verront le démantèlement d'un régime malavisé et le rétablissement trop tardif du droit à la vie privée des propriétaires d'armes à feu qui respectent les lois. Or, ces opinions divergentes sur le bien-fondé du choix de politique générale du Parlement ne sont pas en litige dans la présente affaire¹⁹⁵.

Et les juges majoritaires d'ajouter :

Comme on l'a dit à maintes reprises, les tribunaux ne doivent pas s'interroger sur la sagesse d'une loi : ils doivent uniquement se prononcer sur sa légalité. À notre avis, la décision de démanteler le registre des armes d'épaule et de détruire les données qu'il contient est un choix de politique générale que le Parlement avait le droit de faire en vertu de la Constitution¹⁹⁶.

En somme, les juges ont eu recours au fédéralisme coopératif pour modifier l'interprétation de la répartition des

194. « Décision sur les armes à feu », 2013, CA, préc., note 143, par. 34.

195. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 3.

196. *Id.*

compétences et pour avaliser des aménagements administratifs complexes. En ce, ils ont outillé les pouvoirs législatifs et exécutifs pour élaborer des solutions coopératives. Par contre, lorsque survient une mésentente au sujet de ces arrangements coordonnés, l'approche majoritaire fait preuve d'une étonnante retenue judiciaire.

Les juges minoritaires se situent quelque part entre les deux pôles. Ils prennent acte du rôle que les juges ont joué dans la consolidation du fédéralisme coopératif et des chevauchements que celui-ci a entraîné tant en droit qu'en pratique. Il convient donc, selon eux, de continuer de tenir compte de l'impératif de la coopération, même lorsque les partenaires fédéraux ne s'entendent plus, et souhaitent mettre fin à un programme conjoint.

Toutefois, la solution préconisée par la minorité ne tient pas dans la consolidation d'un principe non-écrit qui aurait une valeur supra-législative, mais plutôt dans l'intégration du principe dans les mécanismes de détermination des compétences législatives. Elle exige un examen minutieux du contexte et de la pratique des aménagements coopératifs (ce qui n'est pas une mince affaire), et non seulement du cadre législatif – foncièrement dualiste – sur lequel il repose. La solution est créative, mais elle s'inscrit dans le cadre du rôle traditionnel du juge constitutionnel comme « gardien des frontières » qui séparent les sphères de compétences.

CONCLUSIONS

L'objectif fondamental du fédéralisme est de concilier – selon une multitude de formules – les binômes autonomie/participation, *self-rule/joint rule*, diversité/unité. Mais évoquer, en soi, le principe du fédéralisme dans un litige particulier est peu opérationnel. Il convient d'identifier le cadre institutionnel et normatif dans lequel ce principe est appelé à se déployer, voire que le principe est appelé à modifier. Parmi la pléthore de caractéristiques qui distinguent les incarnations concrètes du « principe fédéral », cet article a exploré les

différences structurelles et normatives entre le fédéralisme dualiste d'une part, et le fédéralisme « administratif »¹⁹⁷ ou coopératif de l'autre.

L'architecture institutionnelle « originelle » du Canada est foncièrement dualiste, en piliers. Chaque ordre de gouvernement est doté d'un pouvoir législatif et exécutif autonome et d'une hiérarchie judiciaire partiellement distincte. La répartition « originelle » des compétences a très largement reposé sur un principe d'exclusivité. Dans ce contexte, le rôle du juge constitutionnel se limite essentiellement à tracer les frontières entre titulaires de compétences. Pour sa part, le contrôle de l'action administrative s'exerce sur une base largement parallèle, devant des juridictions distinctes, ce qui complique sérieusement le regard judiciaire sur les actions conjointes et imbriquées. Enfin, les normes de droit public – notamment celles qui imposent des obligations aux tiers – reposent également sur un schéma dualiste. Formellement, les ordres de gouvernement ne peuvent « légiférer par contrat » et seules des normes législatives ou réglementaires unilatérales, adoptées de manière parallèle, sont susceptibles d'introduire des règles *erga omnes* dans les divers ordres juridiques au sein de la fédération.

Au fil du temps, ce caractère dualiste s'est atténué, sans que l'architecture formelle ne soit transformée. Une riche pratique de relations intergouvernementales plus ou moins formalisées, d'organes conjoints, de processus complexes d'inter-délégations s'est développée, particulièrement dans la période d'après-guerre, dans le contexte de l'expansion de l'État-providence¹⁹⁸. Peu de domaines de politiques publiques ont échappé à ce phénomène de coopération entre ordres de gouvernement. Les aménagements nécessitent des trésors de créativité institutionnelle. Ils reposent sur des écheveaux complexes composés de normes législatives et réglementaires, de directives, tant fédérales que provinciales, et d'une abondance d'ententes intergouvernementales au statut

197. Sur le sens de ce terme (et de ses synonymes tels que « fonctionnel » ou « intégré », v. *supra*, section I.1).

198. ADAM *et al.*, préc., note 45.

juridique souvent nébuleux. Le système dualiste fait place, de façon parcellaire, graduelle, progressive, non linéaire et non transparente, à un système hybride qui combine de manière parfois opaque à la fois des conceptions dualistes et des conceptions coopératives et « administratives » du fédéralisme.

Le phénomène n'est pas unique : un constat similaire s'impose dans d'autres fédérations structurellement dualistes telles l'Australie, les États-Unis, le Brésil ou l'Espagne¹⁹⁹. Ces transformations informelles, *ad hoc*, de systèmes fédéraux dualistes en systèmes partiellement « administratifs », soulèvent d'importantes questions en termes d'équilibre fédéral et de démocratie. Une telle mutation devrait-elle être accompagnée de modes plus structurels et constitutionnellement garantis de participation dans les prises de décisions fédérales, à l'instar des systèmes fédéraux officiellement « administratifs » tels la Suisse, l'Allemagne ou encore, par analogie, l'Union européenne?

Au risque d'une simplification à l'extrême, on pourrait affirmer que les règles de « bon voisinage » diffèrent dans les systèmes fédéraux dualistes et « administratifs »²⁰⁰. Les premiers cas favorisent le « chacun pour soi ». Dans la mesure où il n'empiète pas sur les compétences matérielles des autres ordres de gouvernement et qu'il respecte les droits fondamentaux, chaque acteur fédéral peut agir dans la plus grande autonomie, sans contraintes « juridiques »²⁰¹. Par contre, dans un système « administratif », l'imbrication institutionnelle – structurelle – exige que les partenaires tiennent compte de l'intérêt des autres membres de la fédération, qu'ils agissent avec bonne foi, dans une forme de confiance réciproque. Dans ce contexte, la notion

199. J. POIRIER et C. SAUNDERS, 2015, préc., note 8.

200. Pour rappel, la dichotomie n'est pas parfaite, des systèmes dualistes pouvant constitutionnaliser un principe de loyauté fédérale (la Belgique, par exemple), *supra*, section I.2.

201. Des sanctions politiques, qu'elles soient de nature électorale ou en termes de ruptures de relations de confiance avec les autres partenaires de la fédération, sont évidemment concevables.

« d'abus de compétences », similaire à l'abus de droit en droit civil, n'est pas impensable.

Dans l'affaire de l'abolition du registre des armes à feu, la Cour suprême avait l'occasion de reconnaître une norme de bonne conduite dans les relations entre partenaires fédéraux afin de mieux protéger les arrangements coopératifs contre les actions unilatérales que le modèle fédéral « dualiste » permet et cautionne. La Cour suprême, majorité et minorité confondues, a refusé d'emprunter cette voie, en ayant recours, pour des motifs distincts, et avec des résultats différents, il est vrai, à la voie plus classique de l'interprétation des compétences législatives.

Pourtant une mutation « à la carte » d'un système vers un autre soulève la question de l'opportunité, voire de la nécessité, d'intégrer de telles normes de conduite dans l'arsenal juridique des arbitres de l'équilibre fédéral. Si les entités fédérées deviennent des « agents » de l'autorité fédérale, ne serait-il pas crucial que des mécanismes de protection viennent contrebalancer la perte d'autonomie que leur garantissait la structure dualiste? Des processus de contrôle parlementaire et judiciaire adaptés aux actions concertées doivent-ils être élaborés? Des refontes des institutions visant à optimiser la participation doivent-elles être envisagées?

Peu importe l'issue d'éventuelles réformes de ce type (peu probables dans le contexte actuel), il convient de réfléchir au rôle de la jurisprudence dans cette transformation du modèle fédéral dominant.

En effet, et sans que le mouvement ne soit univoque ou stabilisé, on ne peut nier que l'engouement des juges pour le fédéralisme coopératif a eu pour effet de concourir à la transformation graduelle – souvent implicite – de la conception dominante du fédéralisme. Un régime fédéral structurellement dualiste devient, de manière progressive et *ad hoc*, un régime partiellement administratif. Les juges n'imposent pas le rythme : ils suivent en cela les acteurs exécutifs et législatifs. Mais ils ne

sont pas neutres non plus : en avalisant des solutions « pragmatiques » plutôt que « formalistes » ou dogmatiques, ils contribuent indéniablement à redéfinir le paysage constitutionnel canadien.

Dans la décision relative à l'abolition des armes d'épaule, la Cour supérieure embrasse à bras le corps la logique du fédéralisme coopératif encensé par la Cour suprême dans sa jurisprudence des années 2007-2014. Le juge Blanchard porte cette logique vers des lieux inexploités en proposant (implicitement) que des normes de « bon voisinage » devraient baliser le comportement des pouvoirs publics dans leurs relations jusqu'alors largement protégées du contrôle du juge.

Pour la Cour suprême et la Cour d'appel du Québec, par contre, les principes constitutionnels – y compris le principe du fédéralisme – ne peuvent limiter la souveraineté des législateurs des divers ordres de gouvernement, au-delà de la répartition des compétences et des droits fondamentaux.

Le jugement majoritaire entérine simultanément deux conceptions distinctes du fédéralisme. D'une part, il renforce la vision d'un fédéralisme dualiste portant en lui le germe de l'unilatéralisme « en parallèle ». Chacun, dans sa sphère, peut adopter et abroger des programmes législatifs et des politiques publiques de manière unilatérale, sans consultation ou négociation avec les autres ordres de gouvernement affectés par la décision.

D'autre part, cette même majorité fait sienne une conception type du fédéralisme administratif dans lequel des autorités provinciales agissent pour le compte de l'autorité fédérale, en vertu d'une loi fédérale, et en étant – du moins partiellement – rétribuées financièrement pour les tâches administratives ainsi prises en charge.

Il s'agit évidemment d'une version quelque peu tronquée du fédéralisme administratif puisqu'elle n'est pas accompagnée de

mesures structurelles et obligatoires de participation provinciale dans l'élaboration des normes fédérales²⁰². Pour le dire autrement, dans un régime structurellement « administratif » comme celui de l'Allemagne, l'adoption d'une loi fédérale abolissant le registre et anéantissant les données qu'il contenait aurait été assujettie au contrôle des entités fédérées (*Länder*) via la seconde chambre parlementaire (le *Bundesrat*) qui regroupe des représentants des exécutifs de ces *Länder*.

En d'autres mots, la compréhension des juges majoritaires du système mis en place par l'autorité fédérale et la province consolident une conception du fédéralisme coopératif « administratif ». Par contre, lorsque vient le temps de sceller le litige qui oppose ces mêmes acteurs, ils endossent une conception dualiste, qui reconnaît un maximum d'autonomie aux législateurs.

Concrètement, la décision sur le registre des armes à feu constituait l'occasion pour la Cour suprême de nuancer l'interprétation maximaliste et dualiste de la souveraineté parlementaire, énoncée dans le *Renvoi sur le régime d'assistance publique* selon laquelle seuls la répartition des compétences et les droits fondamentaux peuvent restreindre l'autonomie des parlements. Non seulement elle n'a pas saisi cette occasion, mais elle semble avoir conforté l'interprétation rigide – et à notre avis surannée – de la souveraineté parlementaire.

Or, depuis une dizaine d'années, la plus haute Cour a entériné de manière enthousiaste les deux premiers volets du fédéralisme coopératif : celui favorisant le chevauchement des compétences et celui minimisant les obstacles juridiques issus

202. Il n'est pas exclu qu'en l'espèce, certaines autorités provinciales aient pu être informellement consultées lors de l'élaboration de la Loi de 1995 et du régime qu'il mettait en place. Mais il ne s'agit aucunement d'une forme structurelle, permanente, encadrée et « contrôlable » de consultation telle qu'elle existe dans les systèmes réellement « administratifs ». De plus, si elles ont eu lieu, les consultations avec les provinces lors de l'abolition du registre n'ont assurément pas été fort structurées...

d'une conception dualiste à des aménagements collaboratifs empruntant au fédéralisme administratif.

Dans l'affaire relative à l'abolition du registre des armes d'épaule, la Cour a ainsi refusé d'endosser la troisième voie du fédéralisme coopératif, qui aurait introduit une norme de « bonne foi », une forme de « loyauté fédérale » dans les rapports entre pouvoirs exécutifs et législatifs des partenaires de la fédération, notamment lorsqu'ils ont préalablement déployé des efforts de concertation et de gestion coordonnées de politiques publiques²⁰³.

Reconnaître expressément la légitimité d'une telle intervention judiciaire aurait indéniablement entraîné un changement de paradigme important. Essentiellement politiques et diplomatiques, certaines actions intergouvernementales auraient ainsi acquis un caractère juridique, validant de ce fait un certain droit de regard du pouvoir judiciaire sur les relations qu'entretiennent les branches exécutives – voire même les branches législatives – des composantes de la fédération. De plus, cette solution aurait conforté l'idée que les principes constitutionnels sous-jacents constituent des normes de contrôle de constitutionnalité des lois, une proposition qui reste – le mot est faible – controversée²⁰⁴. Les juges ont résisté à l'invitation de s'accorder un tel pouvoir...

Dans la version anglaise d'une décision de 2010, la Cour suprême affirmait que « [t]oday's constitutional landscape is painted with the brush of co-operative federalism »²⁰⁵. Force est de

203. Cette question en appelle une autre : même si la Cour avait conclu à l'existence d'une telle obligation de bonne foi, souhaiterait-elle que les tribunaux s'érigent en gendarme de son respect? Le sens commun du droit positif – et d'un état de droit – semblerait mener à cette conclusion. Par contre, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 68, par. 89 et par. 100 et suiv., la Cour suprême n'avait pas hésité à introduire une obligation de négocier de bonne foi, tout en refusant de contrôler le respect de cette obligation.

204. V. *supra*, section III.1.

205. La version française est moins évocatrice : « Le paysage constitutionnel actuel a pris une teinte de fédéralisme coopératif », *NIL/TU, O Child and*

reconnaître que toutes les branches de tous les ordres de gouvernement ont contribué à peindre cette œuvre collective, y compris le pouvoir judiciaire.

À ce stade, les juges semblent réticents à continuer de manier le pinceau du fédéralisme coopératif, alors que depuis plusieurs années, ils l'ont utilisé de façon éclatante et décomplexée, pour redessiner le paysage constitutionnel canadien.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : APPLICATION OF THE CHARTER TO UNIVERSITIES' LIMITATION OF
EXPRESSION

Auteur(s) : Dwight NEWMAN

Revue : RDUS, 2015, volume 45, numéro 1-2

Pages : 133-155

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9924>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9924>

Page vide laissée intentionnellement.

APPLICATION OF THE CHARTER TO UNIVERSITIES' LIMITATION OF EXPRESSION

by Dwight NEWMAN*

La Charte canadienne des droits et libertés s'applique uniquement à l'action gouvernementale. En conséquence de ce champ d'application limité, plusieurs questions fondamentales se sont posées au regard de son application aux contextes d'enseignement postsecondaire. Bien que la jurisprudence semblait envisagée de prime abord les universités comme des zones libres de l'application de la Charte, elle semble plus récemment affirmer que ce n'est pas le cas. Cet article exploite la règle sur l'application de la Charte, réarticulée par la juge Deschamps, afin de clarifier cette situation. Il tente de résoudre l'opposition apparente entre liberté académique et application de la Charte dans un contexte universitaire. Il démontre que dans le contexte actuel, l'application de la Charte semble au contraire susceptible de promouvoir les valeurs de la liberté académique.

The Canadian Charter of Rights and Freedoms applies only to governmental action. As a result of this limited scope of application, there have been significant questions concerning its application to post-secondary education contexts. Although early case law appeared to establish universities as a Charter-free zone, later cases have made clear that this is not the case. This paper uses Justice Deschamps's rearticulated rule on Charter application to make this point clear, shows that this revised approach is showing itself in case law, and challenges claims that academic freedom gives reasons not to see Charter application in a university context. Indeed, the paper argues that in the present context, Charter application actually seems likely to further the values of academic freedom.

* . Professor of Law, University of Saskatchewan. B.A. (Regina), J.D. (Saskatchewan), B.C.L., M.Phil., D.Phil. (Oxford). Member of the Ontario and Saskatchewan bars. I am grateful for the discussion of the paper as part of the Constitutional Series with Justice Deschamps, and I thank Zhou Han Rou, Hoi Kong, and Maxime St-Hilaire for organizing it. For their comments at the discussion, I thank Justice Deschamps, Hugo Cyr, Paul Daly, Hoi Kong, Jean Leclair, Zhou Han Ru, Maxime St-Hilaire, and Daniel Turp. I also thank Lorelle Binnion for reading and commenting on a draft of the paper.

TABLE OF CONTENTS

I.	Introduction	135
II.	Justice Deschamps's Rule in <i>Greater Vancouver</i>.....	140
III.	Contested Instances of <i>Charter</i> Application to Universities	145
IV.	Academic Freedom and <i>Charter</i> Application.....	148
V.	<i>Charter</i> Application as Furthering Academic Values	151

I. Introduction

Questions about the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹ have been heavily contested in the context of post-secondary education.² The challenging aspect of these questions arises because the *Canadian Charter*, unlike the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*,³ applies only to governments.⁴ The Quebec framework works quite differently and has, for instance, enabled the application of the *Quebec Charter* even as between students in the context of competing views and actions related to a student strike.⁵

Leading case law that first distinguished governmentally-controlled actors to which the *Canadian Charter* would apply from non-governmental actors to which it would not apply involved postsecondary education. The famous *McKinney* and *Douglas/Kwantlen* cases drew distinctions between different kinds

-
1. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Schedule B to the *Constitution Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.).
 2. The other prevalent context involves health care issues. See e.g. *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483 and *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624 [*Eldridge*] (latter extending former's focus on government control to also look at governmental activities, in context of hospital delivering government health care programmes in a discriminatory manner).
 3. *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12.
 4. On *Charter* application generally, see chapter 18 of Guy RÉGIMBALD & Dwight NEWMAN, *The Law of the Canadian Constitution*, Toronto, LexisNexis, 2013. *Charter* application questions of course are primarily determined by interpretation and application of s. 32(1) of the *Charter*: "32. (1) This Charter applies (a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and (b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province." That the *Charter* applies only to governments is actually an important way of ensuring that it properly achieves the values it sets out to achieve. If the *Charter* applied to private actors, the constraints imposed upon individuals' liberty through such application would actually defeat rather than serve the cause of protecting individuals' fundamental freedoms.
 5. See *Beausoleil v. Cégep régional de Lanaudière*, 2012 QCCS 1673.

of postsecondary educational institutions based on the degree of government control to which they were subjected.⁶ This early case law based on traditional governance structures, while subjecting many post-secondary institutions other than universities to the *Charter*, seemed to many to put universities generally into a *Charter*-free zone. While other educational contexts have seen a deep engagement with the implications of the *Charter* for expansions of student rights,⁷ university administrators have revelled in the sanctity of an elite position above *Charter* challenges.⁸ But, as this paper will argue, newer case law makes it clear that this position has effectively been overturned in so far as universities are actually carrying out governmental activity.

-
6. Cf. *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 (government control of university not sufficient for *Charter* application in context of challenge to mandatory retirement policy); *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451 (same conclusion with another university); and *Douglas/Kwantlen Faculty Association v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570 (government control of a college sufficient for *Charter* to apply, with the same true in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211 where the board of a college was called an “emanation of government”). The sort of university mandatory retirement policies at issue were pursued further in human rights litigation in *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103 and later cases, with the eventual effect that many universities’ mandatory retirement policies have now been removed, despite the lack of success of the *Charter* argument on the issue in *McKinney*. Sometimes, individuals have still been forced to retire during the transitional period prior to the removal of mandatory retirement and been unable to have this overturned: see e.g. *French v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2012 NSSC 394, 323 N.S.R. (2d) 150.
 7. For an earlier discussion, see Ailsa M. WATKINSON, *Education, Student Rights, and the Charter*, Saskatoon, Purich Publishing, 1999. For a more recent and extraordinarily deep analysis of key evolving issues, see Paul CLARKE, *Understanding Curricular Control: Rights Conflicts, Public Education, and the Charter*, London, Althouse, 2013.
 8. University administrators writing about the area have been pleased to find that courts are ready to leave decision-making in the hands of universities themselves. See e.g. David A. HANNAH, *Student-Institution Legal Relationships in Colleges and Universities in the Common Law Provinces of Canada: An Analysis of the Case Law from 1982 to 1994*, PhD Dissertation, Bowling Green, Bowling Green State University, 1996 (unpublished); Robyn JACOBSON, *Managing Conflict and Resolving Disputes Involving Students on University Campuses*, PhD Dissertation, Toronto, York University, 2012 (unpublished).

The university context has remained subject to contestation over recent years. The *Greater Vancouver* case, in which Justice Deschamps applied and succinctly restated *Eldridge*'s⁹ expanded framework for *Charter* application,¹⁰ was on one factual level about advertising on buses but interestingly involved advertisements sought to be purchased by the Canadian Federation of Students.¹¹ And, in recent years, the Alberta courts' consideration of *Charter* application in the context of the *Pridgen*¹² case on a university's attempt to censor students' Facebook postings marks a significant new discussion of the implications of the changes made in *Eldridge*¹³ and *Greater Vancouver*.¹⁴ The *Pridgen* case evoked a whole new wave of comments on the possibility of *Charter*

9. *Eldridge*, prec., note 2.

10. *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students – British Columbia Component*, [2009] 2 S.C.R. 295, par. 16 (*Greater Vancouver*) (Deschamps J. summarizing effect of *Eldridge*, prec., note 2 as leading to the following rule: "Thus, there are two ways to determine whether the *Charter* applies to an entity's activities: by enquiring into the nature of the entity or by enquiring into the nature of its activities. If the entity is found to be "government", either because of its very nature or because the government exercises substantial control over it, all its activities will be subject to the *Charter*. If an entity is not itself a government entity but nevertheless performs governmental activities, only those activities which can be said to be governmental in nature will be subject to the *Charter*.")

11. *Id.*, par. 3-4.

12. *Pridgen v. University of Calgary*, 2012 ABCA 139, 350 D.L.R. (4th) 1 [*Pridgen CA*], affg *Pridgen v. University of Calgary*, 2010 ABQB 644, 325 D.L.R. (4th) 441 [*Pridgen Trial*].

13. *Eldridge*, prec., note 2.

14. *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students – British Columbia Component*, prec., note 10.

application to universities in the media,¹⁵ on blogs,¹⁶ and from law firms.¹⁷

There are, of course, ordinary *Charter* application cases that merely happen to arise in a university context but that do not engage any special considerations because of the university context.¹⁸ For example, searches of a dorm room by a university's security personnel are subject to normal *Charter* application analysis in terms of whether the security personnel were functioning at the time as state agents.¹⁹ Or, a student uttering threats will not find *Charter* freedom of expression values applied against university discipline proceedings, but this will be because of standard rules on lack of freedom of expression protection for threats rather than out of any distinctive feature of the university context.²⁰ A student putting unclear *Charter* arguments in a

-
15. See e.g. John CARPAY, "A Victory for Free Speech at the University of Calgary", *National Post*, May 11, 2012.
 16. See e.g. Jennifer KOSHAN, "Face-ing the Charter's Application on University Campuses", posting of June 13, 2012 on ablawg.ca, online: <<http://ablawg.ca/2012/06/13/face-ing-the-charters-application-on-university-campuses-5/>> (accessed October 28, 2014). See also "Does the Charter Apply to Universities", posting of October 17, 2010 on Education Law Blog, online: <<http://educationlawblog.ca/does-the-charter-apply-to-universities/>> (accessed October 28, 2014).
 17. See e.g. Sally GOMERY & Anthony MORRIS, "Application of Canadian Charter to Universities Remains Unclear", June 2012 posting, online: <<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/67808/application-of-canadian-charter-to-universities-remains-unclear>> (accessed October 28, 2014).
 18. The Supreme Court of Canada decision in *Trinity Western University v. College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31, could also properly be considered an example of a case raising *Charter* application, but with the issue answered in ways not hinging on the university context. As stated by Iacobucci and Bastarache JJ.'s judgment at par. 25, the *Charter* does not apply to a privately funded university as a private institution, in the same way that it does not apply to any private actor.
 19. See e.g. *R. v. Fitch*, [1994] B.C.J. No. 2027, 93 C.C.C. (3d) 185 (C.A.) (check of room when rent overdue to see if had been abandoned leading to discovery of stolen property).
 20. See *Zhang v. University of Western Ontario*, 2010 ONSC 6489, 328 D.L.R. (4th) 289 (S.C.J.). The case resembles a *Charter* application case, though it should technically be distinguished as a case about the scope of internal

procedurally inadequate way will similarly find the *Charter* not to be considered to apply.²¹

The more interesting set of issues on *Charter* application to universities are those arising in ways that engage the distinctive values and character of universities, notably those such as universities' limitation of expression for various reasons, with these situations also often implicitly interacting with at least some issues of academic freedom. This paper seeks to explore these issues, to present a larger theoretical framework on the interaction of academic freedom with questions of *Charter* application than is typically contemplated, and to argue ultimately that there is room for *Charter* application to universities without any threat to their distinctive values and, indeed, with the possibility that *Charter* application may actually enhance the fulfillment of those values in contexts where universities have strayed from them.

limits on freedom of expression, with an application of the general rule that constitutionally protected expression does not include threats. Indeed, one could even read the judgment as actually presuming or even advocating for *Charter* application against university disciplinary proceedings aimed at student expression. The Court states at par. 35: "With respect to the first issue, namely Mr. Zhang's constitutional right to free speech, as afforded him by s. 2(a) and (b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and Part I, s. 6 of the University of Western Ontario's Code of Student Conduct, we have no doubt whatever about the correctness of the decision of the appeal committee. This court is mindful of the historical importance of encouraging free speech on university campuses, and rigorously defending the right of students to debate difficult and often highly unpopular issues with passion. However, free speech has its limits, including the making of threats and defamation of character. Uttering threats is proscribed by the *Canadian Criminal Code*. Defamatory libel is a serious tort. In the instant case, the panel found after hearing *viva voce* testimony from Mr. R. that he felt personally threatened by the Facebook posting of Mr. Zhang. In so finding, the panel was right to conclude that the applicant was not protected by his professed right to free speech." [underlining added].

21. See e.g. *Maughan v. University of British Columbia*, 2009 BCCA 447, leave to appeal to S.C.C. refused: [2009] S.C.C.A. no. 526.

To do so, Part II briefly reviews the rule offered on *Charter* application by Justice Deschamps in *Greater Vancouver*,²² the significance of the change reflected in it as compared to early 1990s jurisprudence, and how it properly leads to the *Pridgen* position in favour of universities not being “*Charter*-free zones”.²³ The recognition of the expanded rule on *Charter* application crystallized effectively in Justice Deschamps’s statement is of course not novel, but the resulting application to the university context has been less discussed. Part III categorizes several specific contexts in which the regulation of speech at universities has become a hotly contested area that has led to new advocacy for *Charter* application. Part IV examines the main worries of universities about *Charter* application in this context, showing that the properly considered worries relate to certain dimensions of academic freedom, which the paper seeks to situate within something of a theoretical framework on academic freedom that partly draws upon American jurisprudence in this area. Part V briefly argues that application of the *Charter* in the ways implied by Justice Deschamps’s rule as interpreted in recent case law does not pose a threat to values of academic freedom, properly understood, and may actually enhance the fulfillment of these values. In doing so, Part V also identifies a variety of possible emerging areas of contestation in the area of universities and expression, trying to show in these specific contexts that *Charter* application may actually help guide universities back to a mission of being places of debate.

II. Justice Deschamps’s Rule in *Greater Vancouver*

The actual issue of *Charter* application in *Greater Vancouver* was not especially difficult on the facts of the case.²⁴ Both transit authorities in the case were easily found to be controlled by government and thus not even to need *Charter* application by a different route. However, Deschamps J. nonetheless helpfully

22. *Greater Vancouver*, prec., note 10.

23. *Pridgen Trial*, prec., note 12, par. 69 (“I am satisfied that the University is not a *Charter*-free zone”).

24. In *Greater Vancouver*, prec., note 10, the transit authorities that declined political advertising were fairly easily recognized as being government.

restated the legal framework within which this conclusion was now situated. She explained the basic framework as follows:

Thus, there are two ways to determine whether the *Charter* applies to an entity's activities: by enquiring into the nature of the entity or by enquiring into the nature of its activities. If the entity is found to be "government", either because of its very nature or because the government exercises substantial control over it, all its activities will be subject to the *Charter*. If an entity is not itself a government entity but nevertheless performs governmental activities, only those activities which can be said to be governmental in nature will be subject to the *Charter*.²⁵

The second branch, focused on governmental activities, is a branch that has grown since *Eldridge*.²⁶ There, the conclusion in *Stoffman*²⁷ that hospitals are not themselves government if they are not under sufficient government control was adjusted to recognize that certain activities of hospitals, in so far as they were delivering government programs and carrying out government policy objectives, could be governmental activities.²⁸ Governmental activities need not be required in statutory form but can encompass a broader range of policy and program delivery.²⁹ Where an action is a delivery of a government policy or program, that governmental activity is subject to the *Charter*'s application, even if other activities of the same entity are not—this is the rule that Deschamps J. crystallizes so succinctly in *Greater Vancouver*.³⁰

25. *Id.*, par. 16.

26. *Eldridge*, prec., note 2.

27. *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, prec., note 2.

28. *Eldridge*, prec., note 2. But see *Rasouli (Litigation Guardian of) v. Sunnybrook Health Sciences Centre*, 2011 ONSC 1500, 105 O.R. (3d) 761, par. 84-93, affd on other grounds 2011 ONCA 482, 107 O.R. (3d) 9, leave to appeal granted [2011] S.C.C.A. No. 329 (trial court going through some reasoning suggesting *Charter* does not apply to doctors, albeit based on older case law).

29. *Eldridge*, prec., note 2, par. 44.

30. *Greater Vancouver*, prec., note 10, par. 16.

This rule marks a meaningful change from the set of cases enunciated alongside *McKinney*.³¹ To say as much should not be surprising in so far as *Eldridge*³² marked a departure from *Stoffman*³³ and a subsequent recognition that hospitals are not “Charter-free zones”. The same principle naturally applies against *McKinney* itself—where *McKinney* could have been read as precluding the application of the *Charter* to universities in general terms, the rule that developed in *Eldridge* and was given clear voice by Deschamps J. in *Greater Vancouver* says that if some activities of universities amount to delivery of government policies and programs, then those activities will be subject to the *Charter*. Universities are not “Charter-free zones”.³⁴ Although that point was not widely noticed immediately after *Eldridge*, logical and legal consistency can lead to no other conclusion.

This application of the *Charter* to specific activities of universities has now received recognition through to the Court of Appeal level in Alberta. The case of *Pridgen v. University of Calgary*³⁵ involved the university imposing disciplinary proceedings against two young students for posting comments on their Facebook walls in which they criticized a sessional lecturer as having been an ineffective teacher. The students objected to the restriction of their expression and ultimately pursued litigation.

At trial, the judge highlighted a passage in *McKinney* that could lead to a reading of it that is consistent with the later case

31. *McKinney v. University of Guelph*, prec., note 6.

32. *Eldridge*, prec., note 2.

33. *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, prec., note 2.

34. *Pridgen Trial*, prec., note 12, par. 69.

35. *Id.*, note 12, affd *Pridgen CA*, prec., note 12.

law³⁶ and referenced the developments in *Eldridge*.³⁷ Based on an analogy to *Eldridge*, the *Charter* could apply:

In my view, the circumstances in this case are analogous to those in *Eldridge* as the University is acting as the agent of the provincial government in providing accessible post-secondary education services to students in Alberta pursuant to the provisions of the *PSL Act*... In this context, I find that the University is tasked with implementing a specific government policy for the provision of accessible post-secondary education to the public in Alberta, thus bringing the facts of this case into line with *Eldridge*.³⁸

This trial decision was upheld by the Alberta Court of Appeal, albeit in a somewhat more confusing manner than needed to be the case. The lead judgment of Paperny J.A. carries out a masterful overview of different categories of *Charter* application, each of which she goes on to detail, but which she could summarize as follows:

A review of the authorities yields five broad categories of government or government activities to which the *Charter* applies.

1. Legislative enactments;
2. Government actors by nature;
3. Government actors by virtue of legislative control;
4. Bodies exercising statutory authority; and

36. *Id.*, note 12, par. 38, quoting *McKinney*, prec., note 6 at par. 42 ("There may be situations in respect of specific activities where it can fairly be said that the decision is that of the government, or that the government sufficiently partakes in the decision as to make it an act of government, but there is nothing here to indicate any participation in the decision by the government and, as noted, there is no statutory requirement imposing mandatory retirement on the universities").

37. *Pridgen Trial*, prec., note 12, par. 42-48, culminating in par. 48 ("As the Supreme Court recognized in *Eldridge*, the *Charter* may apply in one of two ways; it may apply to a government actor or it may apply to non-government actors responsible for the implementation of a specific government policy or activity").

38. *Id.*, par. 59 and 63.

5. Non-governmental bodies implementing
government objectives.³⁹

Justice Paperny would have held the *Charter* to apply on the same basis as the trial judge had held, in the form of the university's implementation of governmental policy in the area of post-secondary education, but she suggested there was another alternative route to application on the facts of the case in terms of the statutory compulsion the university exercised against the students.⁴⁰

Justice McDonald wrote a separate concurring judgment based solely on administrative law grounds, preferring not to decide the *Charter* application issue.⁴¹ Justice O'Ferrall rounded things out with a third concurring judgment in which he held that the university bodies ought to have considered civil rights values like freedom of expression in their decision-making, although not necessarily because of *Charter* application but also because of long-standing traditions of freedom of expression within the common law.⁴² One could almost characterize the situation as one of three judges with four opinions. But it nonetheless seems right to take the opinion of Paperny J.A. as the lead judgment, which answered the questions put before the Court, and which can derive further support from dimensions of O'Ferrall J.A.'s slightly more equivocal analysis.

The rule developed in part in *Eldridge* and put powerfully by Deschamps J. in *Greater Vancouver* leads to a conclusion, as recognized by Paperny J.A. in the Alberta Court of Appeal in *Pridgen*, that the *Charter* can apply to some activities of universities, particularly when the activities in question are implementing governmental policies.

39. *Pridgen CA*, prec., note 12, par. 78.

40. *Id.*, par. 104-106.

41. *Id.*, par. 130.

42. *Id.*, par. 178.

III. Contested Instances of Charter Application to Universities

This reality that universities are not immune to the *Charter* raises, however, the question of in what activities universities are subject to the *Charter*. A full-fledged answer could well examine many different areas of university policy. However, the particular area that has been contentious in recent case law concerns several spheres in which universities have acted in ways limiting expression. It is however possible to identify several categories within these expression-limiting actions, so as to consider the possibility that there are pertinent distinctions between some of them. For the moment, for purposes of this part, it is worth simply categorizing applications that have already received attention in the limited case law to date, with Part V later turning to more prospective possibilities.

One category has consisted of limitation of expression by students concerning the university itself. The *Pridgen* case fits this category in so far as it concerned student comment on the teaching a university provided.⁴³ A second category has consisted of limitation of expression by individuals (including non-students) on matters that could be under discussion within a university, encompassing within broad academic terms potentially all matters of human existence. Freedom of expression challenges have succeeded, for example, in some instances against universities that sought to preclude individuals from placing flyers on vehicles that presented individuals' (controversial and quite possibly emotionally distressing to some readers) perspectives on issues of morality and public policy that might reasonably be thought to be under discussion within a university.⁴⁴ Similarly, *Charter* freedom of

43. *Id.*

44. See *R. v. Whatcott*, 2012 ABQB 231 (Alberta Court of Queen's Bench holding on an appeal that *Charter* applied to university using trespass statutes to prevent Whatcott from putting flyers on cars, with judge elaborating several different bases for *Charter* application and going on to hold that Whatcott's freedom of expression violated by university). See also *R. v. Whatcott*, 2002 SKQB 399 (Saskatchewan Court of Queen's

expression rights were an important dimension in a recent determination against the University of Calgary in constraints it had put on students' political and moral expression (requiring them to display placards in a certain manner to limit their visibility) on a controversial public policy issue.⁴⁵ A third category could consist of challenges to academic judgment on expression, with there having been instances where students challenged academic judgments that their work did not meet particular standards (of excellence or of success).⁴⁶

Already, it might be apparent that the first two categories are different from the third. As will be elaborated in the next Part, the first two relate to expression that has actually traditionally been at the core of what academic freedom protects, and a limitation on this expression purportedly based on academic freedom thus comes across immediately as tension-laden. The third category, however, consists of what is actually a challenge to the exercise of a dimension of academic freedom; part of academic freedom is the exercise of proper academic judgment on things expressed.⁴⁷ The third category of limitation thus might be much more readily

Bench holding that *Charter* applied in context of university having adopted bylaws that were used to prevent Whatcott from putting flyers on cars).

45. See *Wilson v. University of Calgary*, 2014 ABQB 190 (Horner J. ultimately concluding, based on a mixture of reasons including the severity of threat to *Charter* expression rights in the university's conduct, that the university had not provided sufficient appeal mechanisms for the students, with the university's later determinations resulting from the judgment in more recent months ultimately finding in favour of the students).

46. For examples along these lines, see e.g. *Alghaithy v. University of Ottawa*, 2012 ONSC 142 (concerning student attempting to challenge neurosurgery program deeming some of his emails unprofessional and thus affecting his place in the residency program); *Maughan*, prec., note 21.

47. See Eric BARENDT, *Academic Freedom and the Law: A Comparative Study*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 110 (describing the English legal principle that "universities and other bodies such as funding councils enjoy unfettered discretion to make purely academic judgments", something also found in German and American case law). The same principle runs through case law in Canada on the role of the university "visitor". See e.g. *King v. University of Saskatchewan*, [1969] S.C.R. 678; *University of Saskatchewan v. Pearlman*, 2006 SKCA 105.

justified as against application of the *Charter* (even though one could obviously imagine instances in which it would be abused).

However, there are further categories of cases that have also arisen that may initially seem of a significantly different category but are actually arguably closer to the educational context than may be first apparent. These concern regulation by a university of dimensions of student government⁴⁸ or of extracurricular activities, including through allocation of space for extracurricular activities.⁴⁹ Courts have rejected *Charter* application in some such cases, notably in *Lobo v. Carleton University*.⁵⁰ The case concerned a claim by students to use space for their extracurricular activities that involved the expression of particular moral, religious, and political views, and the trial court held that the university decision was not subject to the *Charter* because it was not implementing any specific governmental program or policy,⁵¹ something the Court of Appeal upheld in an oral judgment of a scant few paragraphs.⁵²

One question that arises is whether the informal curriculum of an educational institution can be so easily distinguished from the formal curriculum, so as to say that student extracurricular activities have no place within their educational experience and academic activity.⁵³ If this distinction cannot be so fiercely drawn, then it may be that this category is no different than others in which student expression of views is limited.

48. For an example, see *Telfer v. University of Western Ontario*, 2012 ONSC 1287 (Court not applying *Charter* to disciplinary proceeding arising from conduct in student election context, although with Court splitting on administrative law dimensions in the case).

49. See e.g. *Lobo v. Carleton University*, 2012 ONSC 254, affd 2012 ONCA 498.

50. *Id.*

51. *Id.*

52. *Lobo v. Carleton University*, 2012 ONCA 498.

53. Drawing on other literature, Paul Clarke suggests that the informal curriculum—what an educational institution teaches about behaviours and values through aspects of the institution outside the formal curriculum—may be just as important to the educational experience. See Paul T. CLARKE, *Understanding Curricular Control: Rights Conflicts, Public Education, and the Charter*, London, Althouse Press, 2013, p. 161.

IV. Academic Freedom and *Charter* Application

Universities themselves have not been enthusiastic to see the *Charter* apply to their activities. At one level, this reticence reflects a simple desire to avoid the legal complexity that may ensue, as they then have to distinguish between university activities to which the *Charter* does and does not apply and test their activities for *Charter* compliance, no doubt at meaningful financial cost. Any business owner could likely empathize with the challenges awaiting university administrators subjected to a new layer of legal complexity. However, in many contexts, there have been holdings that mere administrative inconvenience is no reason to reject *Charter* claims,⁵⁴ and the same principle surely applies here to *Charter* application.

A separate argument raises academic freedom, whether in more general terms or in terms of institutional independence of academic institutions. Both arguments were put at the Alberta Court of Appeal in *Pridgen*.⁵⁵ This argument certainly seems more important than the question of administrative inconvenience for academic institutions. If academic institutions are a sphere unto themselves, deserving of institutional independence and academic freedom, the claim that they are properly outside the scope of the *Charter* has more plausibility.

Canada does not have a specific doctrine of academic freedom, unlike other democratic states of interest.⁵⁶ In Canada, there are some brief references to academic freedom in *McKinney*, where LaForest J. refers to the value of academic freedom as the “free and fearless search for knowledge and the propagation of

54. See e.g. *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

55. *Pridgen CA*, prec., note 12, par. 3.

56. For a comparative analysis of Germany, the United States, and the United Kingdom, see BARENDT, prec., note 47.

ideas”⁵⁷ and suggests that it is “essential to our continuance as a lively democracy”.⁵⁸ But he gives it no specific legal force.

Germany, by contrast to Canada, has an actual textual provision in its constitution to guarantee scientific and teaching freedom (*Wissenschaftsfreiheit* and *Lehrfreiheit*).⁵⁹ The United States, by contrast to Canada, has actually developed a constitutional academic freedom doctrine, with prominent United States Supreme Court statements in favor of both academic freedom generally⁶⁰ and institutional academic freedom.⁶¹ Indeed, the US cases appear to enunciate a constitutional weight to academic freedom—as an expression of First Amendment values—that could weigh off against other constitutional values in certain circumstances.⁶² This is a concept that Canada could reasonably

57. *McKinney*, prec., note 6, par. 62.

58. *Id.*, par. 69.

59. Article 5(3) of the German Basic Law states: “Art and science, research and teaching, shall be free. Freedom of teaching shall not absolve from loyalty to the constitution.” This is the translation in BARENDT, prec., note 47, p. 117.

60. See e.g. *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 250 & 263 (1957) (both Warren CJ and Frankfurter J offering statements supportive of academic freedom, with Frankfurter J’s being particularly quoted elsewhere); *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U.S. 589, 603 (1967) (Brennan J offering a robust defence of academic freedom amid case where majority upholds faculty members’ challenge to a New York statute requiring dismissal on several political grounds).

61. See e.g. *Regents for the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978) (universities entitled to pursue diversity policies partly because of their institutional independence being a counterweight to constitutional discrimination claims); *Regents of University of Michigan v. Ewing*, 474 U.S. 214 (1985) (Court to respect faculty professional judgments except in extreme cases); *Board of Regents of University of Wisconsin v. Southworth*, 529 U.S. 217 (2000) (university’s institutional independence entitling it to require students to pay fees to support student organizations even where disagreement with particular organizations, with organizational dimension to university’s rights); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 329 (2000) (O’Connor J. referring to how “universities occupy a special niche in our constitutional tradition”).

62. This effectively remains the present position on affirmative action implemented for purposes of diversity within the academic institution. See

draw upon. Although s. 2(b) extends freedom of expression to various textually determined contexts that do not specifically include academic freedom, academic freedom would appear to be a reasonable analogous extension.

The implications of this extension, however, do not weigh easily in favor of any academic institutional immunity from *Charter* scrutiny, at least in the particular context of freedom of expression. The very purposes of such a freedom make freely exchanged ideas quite central to its fulfillment. So, if the main contexts giving rise to issues, as suggested in the last Part, concern university limitations on expression, then there is little reason to identify academic freedom giving rise to a reason for constraint on *Charter* application. In this context, *Charter* application actually furthers the values of academia.

That said, some could object that the *Charter* was not necessarily designed for purposes of regulating universities and that application via s. 32 is thus something of a blunt instrument for oversight of universities and one that threatens institutional independence. On such an argument, academic freedom would then be constrained by *Charter* application, and there would be preferable means of oversight, such as the institution of the university "visitor".⁶³ And, indeed, there might well be some core academic activities—such as the critical assessment of ideas through exercise of academic judgment—that merit profound deference.⁶⁴ There will even be needs for academic organization that may give rise to reason to defer to certain institutional decisions.⁶⁵

generally *Fisher v. University of Texas at Austin*, 570 U.S. ____ (2013) (slip op.).

63. For an overview of this institution, see generally *Pearlman*, prec., note 47. See also J.L. CALDWELL, "Judicial Review of Universities—The Visitor and the Visited" (1982) 1 *Canterbury L. Rev.* 307.

64. *Regents of University of Michigan v. Ewing*, prec., note 61 (Court to respect faculty professional judgments except in extreme cases).

65. *Board of Regents of University of Wisconsin v. Southworth*, prec., note 61 (university's institutional independence entitling it to require students to pay fees to support student organizations even where disagreement with

However, it is frankly not clear that there is anything in the idea of academic freedom that obviously, inherently calls for *Charter* immunity. Universities as *Charter*-free zones have shown themselves, as institutions, to be subject to forces that lead them away from their own values. As the last Part will show, in the kinds of situations where *Charter* claims are arising, application of the *Charter* actually has the potential to preserve academic values.

V. *Charter* Application as Furthering Academic Values

Given the kind of situations in which *Charter* application to universities has been argued, there is reason to say that *Charter* application could actually further academic values. Justice Paperny in *Pridgen* engages in some analysis of the academic freedom arguments, and she concludes as follows:

In my view, there is no legitimate conceptual conflict between academic freedom and freedom of expression. Academic freedom and the guarantee of freedom of expression contained in the *Charter* are handmaidens to the same goals; the meaningful exchange of ideas, the promotion of learning, and the pursuit of knowledge. There is no apparent reason why they cannot comfortably co-exist. That said, if circumstances arise where these values actually collide, a section 1 analysis would be required to properly balance them. That circumstance does not arise in this case.⁶⁶

Two key points are present in this passage. First, there is no conflict between academic freedom and freedom of expression. Second, there is a way to take into account the considerations of academic freedom elsewhere in the *Charter* analysis rather than as giving rise to an argument against *Charter* application. Quite simply, the availability of a limitations analysis means that there always remains a mechanism by which academic freedom considerations can be part of the analysis. Where universities limit

particular organizations, with organizational dimension to university's rights).

66. *Pridgen CA*, prec., note 12, par. 117.

Charter rights, they may have a justification for doing so in considerations of academic freedom, but they should need to prove this justification rather than simply to wave around generalized academic freedom considerations before claiming *Charter* immunity.

Within a short article focused specifically on identifying the application of the *Charter* to university freedom of expression issues, it would of course be out of place to attempt a complete typology of possible freedom of expression issues that may arise on campus. Such a typology would relate more to a substantive *Charter* analysis of campus expression. However, it is nonetheless worth identifying the sorts of issues that *Charter* application in this context may open to constitutional scrutiny, so as to reinforce the point that *Charter* application actually has prospects of furthering academic freedom.

University campuses have actually become places where freedom of expression comes under many different sorts of threats, a phenomenon not unique to Canada. Indeed, the United States has seen some of the issues much more exposed and scrutinized.⁶⁷ However, many of the sorts of restraints on expression on university campuses have overlapped those in Canada. As catalogued by those examining restraints on campus expression, they have included such matters as: constraints on student groups expressing views on controversial issues; viewpoint constraints, such as in the cancellation of speakers promulgating views on controversial issues; campus speech codes of various sorts that often have chilling effects beyond those intended; and removals of individuals from academic posts based on expression of particular viewpoints.⁶⁸

67. See e.g. Donald Alexander DOWNS, *Restoring Free Speech and Liberty on Campus*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

68. See *id.* For further cataloguing of issues, particularly helpful are the ongoing reports in the United States by the Foundation for Individual Rights in Education (FIRE) and in Canada by the Justice Centre for Constitutional Freedoms (JCCF), with its annual Campus Freedom Index. Such matters as the removal of individuals from academic posts is not a mere bogeyman of the imagination, as seen with the widespread public attention to the termination from both an administrative position and his

Another category, of course, whose status as “on-campus” or “off-campus” is sometimes part of the issue at stake pertains to university disciplining of students for cyberspeech that may or may not have any physical link to campus, with such discipline arising overwhelmingly from negative comments about school officials.⁶⁹ Notably, many of these constraints on expression actually limit or chill academic speech or speech on the sort of policy issues in which one would hope students and faculty would engage.

To the extent they are focused on facilitating matters like equal participation in the educational environment, some of these restraints on expression will of course gain greater sympathy within the Canadian context, where less absolutist versions of freedom of expression prevail than in the United States. Thus, whereas the regulation by universities of actual expressions of hatred in the United States needs to focus on forms of expression actually promoting intimidation,⁷⁰ there will be more possible arguments to raise within a Canadian proportionality analysis for rights limitation. With that reality, there is very little prospect that *Charter*

tenure (later reversed) by the University of Saskatchewan of Robert Buckingham in mid-2014 or the less widespread public attention to the University of Calgary's attempts to present Tom Flanagan as having been moved into retirement in 2013 after a controversial video of public statements during a presentation. The latter is detailed in Tom FLANAGAN, *Persona Non Grata*, Toronto, McLelland & Stewart, 2014. On campus speech codes, there is an extensive American case law on their often overbroad construction – see e.g. *DeJohn v. Temple University*, 537 F.3d 301 (3d Cir. 2008) – and growing scholarship on their chilling effects – see e.g. Azhar MAJEED, “Defying the Constitution: The Rise, Persistence, and Prevalence of Campus Speech Codes”, (2009) 7 *Georgetown J. L. & Public Pol’y* 481; and Steven R. GLASER, “Sticks and Stones May Break My Bones But Words Can Never Hurt Me: Regulating Speech on University Campuses”, (1992) 76 *Marquette L. Rev.* 265 (the latter showing instances of campus speech codes that chilled discussion of cases in a law school environment).

69. For a discussion in the American context of the extensive case law on the issue, see Emily GOLD WALDRAM, “Badmouthing Authority: Hostile Speech About School Officials and the Limits of School Restrictions”, (2011) 19 *Wm. & Mary Bill of Rights J.* 591.

70. For discussion, see Alexander TESIS, “Burning Crosses on Campus: University Hate Speech Codes”, (2010) 43 *Connecticut L. Rev.* 617.

application in respect of campus freedom of expression issues will harm universities' pursuit of their mission.

Indeed, on the contrary, *Charter* freedom of expression arguments on campus are likely to further universities' academic mission. The types of expression at issue bear centrally on the academic mission of universities. Thus, the American Association of University Professors has issued a strong statement in defence of free speech on campuses, putting the point baldly: "On a campus that is free and open, no idea can be banned or forbidden. No viewpoint or message may be deemed so hateful or disturbing that it may not be expressed".⁷¹ Or, in a Canadian context, as stated by Jeffrey J.,

[The university mission] is consistent with a University campus that is censorship-free not *Charter*-free. This is consistent with divergent viewpoints on campus being encouraged, not curtailed by wielding the powers of the state merely to save an attendee from having to contend with, or even just encounter, an alternate perspective. Does anyone actually expect to attend a university campus and encounter only the ideas they already embrace? Are only select viewpoints now permissible on our university campuses? John Stuart Mill in his essay "On Liberty" opined that "he who knows only his own side of the case, knows little of that".⁷²

Returning to the application issue, the rule offered by Deschamps J. in *Greater Vancouver*,⁷³ which focuses on activities furthering governmental programs or policies, is fully coherent with applying the *Charter* to university educational and academic activities within the formal and informal curricula. This consequence might not have been contemplated by the Court at the time, but it is a valuable result. In the context of contemporary universities often restricting expression (or failing to protect

71. Council of the American Association of University Professors, "On Freedom of Expression and Campus Speech Codes", (November 1994).

72. *R. v. Whatcott*, 2012 ABQB 231, par. 33.

73. *Greater Vancouver*, prec., note 10.

expression), the *Charter* may actually be a means of saving them and their own values from themselves.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DU NON-DROIT DE L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE
DES DROITS ET LIBERTÉS

Auteur(s) : Maxime ST-HILAIRE

Revue : *RDUS*, 2015, volume 45, numéro 1-2

Pages : 157-234

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9925>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9925>

Page vide laissée intentionnellement.

DU NON-DROIT DE L'APPLICATION DE LA CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

par Maxime ST-HILAIRE*

L'article qui suit ambitionne de démontrer que l'idée selon laquelle l'application de la Charte canadienne des droits et libertés par les tribunaux répond à des normes juridiques, autrement dit, l'idée qu'il existe un « droit » relatif à l'application de cette Charte, est l'un des plus grands mythes de la science du droit public canadien. Cette démonstration est faite à partir de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Elle consiste en une mise au jour, non seulement des contradictions internes de la motivation de certains arrêts particuliers et de la jurisprudence en général, mais également, à la faveur de l'analyse des décisions où la Charte s'est appliquée sans que la Cour n'indique en vertu de quoi, du décalage qui sépare la jurisprudence (composée de conclusions motivées) de la pratique judiciaire effective (qui s'étend aux conclusions non motivées). Ce n'est donc qu'accessoirement que l'article propose un moyen de combler l'écart qui sépare actuellement le droit de la pratique judiciaire effective, soit de reconnaître une « Drittwirkung » aux droits et libertés que garantit la Charte.

This article aims at demonstrating that the idea that the application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by courts abides by some legal norms — in other terms, that there exists some form of « Charter Application Law » — is one of the greatest myths that pervade the science of Canadian public law. This case is made through the analysis of the Supreme Court of Canada's case law. The article both identifies not only the internal inconsistencies of particular sets of reasons or the jurisprudence in general, but also, by taking into account the decisions where the Charter was applied with no given reasons, a gap between the Court's (motivated) jurisprudence and its (effective) practice. In a merely incidental manner, the article then hints at a possible way of filling this gap: giving the Charter rights and freedoms some "Drittwirkung".

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

Introduction	159
1. Les mesures attribuables au législateur	164
2. Le « gouvernement » et les acteurs qui lui sont assimilables	169
3. Les policiers et ceux qui agissent sur leurs instructions	182
4. La fouille	187
5. Les « tribunaux »	190
5.1. « Tribunal »?.....	190
5.2. « Application »?.....	194
5.3. La catégorie de « litiges privés » comme critère	196
5.4. L'éclatement immédiat du critère.....	204
Conclusion	230

Au risque de choquer d'entrée mon lecteur, force m'est d'admettre que l'idée selon laquelle l'application de la Charte canadienne des droits et libertés, soit des dispositions de la loi suprême relatives aux droits fondamentaux de la personne, réponde à des conditions juridiques, c'est-à-dire à du droit, est à mon sens un des plus grands mythes du droit public canadien. Le présent article a pour propos de déboulonner ce mythe. Il est le résultat d'une analyse des seules décisions de la Cour suprême du Canada. Ses développements consistent en une mise au jour, non seulement des contradictions internes de la motivation de certains arrêts particuliers et de la jurisprudence en général, mais également, à la faveur de l'analyse des décisions où la Charte s'est appliquée sans que la Cour n'indique en vertu de quoi, du décalage qui sépare la *jurisprudence* (composée de conclusions motivées) de la *pratique* judiciaire effective (qui s'étend aux conclusions non motivées).

Ce n'est qu'accessoirement que l'article qui suit veut aussi proposer un moyen de combler l'écart qui sépare actuellement le droit de ce qui se révèle n'être qu'une pratique judiciaire intuitive, désordonnée et incohérente.

Dans la mesure où, à la manière de la pratique du droit, il est possible de publier un article « de droit » (par opposition à « sur le droit ») sans devoir s'expliquer auprès d'une pléthore de théories et de conceptions philosophiques, l'axiome de la présente étude se veut le droit positif au sens préthéorique, usuel et commun du terme, où celui-ci renvoie notamment à l'idée d'un système de décisions admises sinon fondées par des normes déterminables et, partant d'un minimum de cohérence et de prévisibilité. Même si, sur le plan normatif, j'adhère personnellement à une conception élargie du positivisme juridique qui s'étende à la conception moderne et matérielle de l'État de droit(s), le présent article n'est aucunement tributaire de cette position, mais se situe à l'intérieur du périmètre que dessine le *fait* du positivisme des professions juridiques, du moins au Canada.

Bien situer le sujet de l'*application* de la Charte implique quelques mots sur la Charte prise globalement et rapportée à certains autres textes. La Charte canadienne des droits et libertés forme la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* – elle-même adoptée en « Schedule B » du *Canada Act 1982*¹, une loi britannique de catégorie impériale. Le par. 52(1) de cette *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel compte parmi les « Dispositions générales » qui donnent son titre à la partie VII, prévoit que « [l]a Constitution du Canada est la loi suprême du Canada » et qu'« elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Nonobstant ce que prévoit le par. 52(2), il faut en réalité se reporter chaque fois à la procédure de modification constitutionnelle afin de savoir si une disposition, actuelle ou à venir, relève de la loi suprême². Cela dit, la Charte n'est assurément pas modifiable par loi ordinaire (fédérale ou provinciale). D'autre part, le mot « inopérant » ne veut pas dire ici la même chose qu'au sein du contrôle d'opérabilité en droit de la répartition fédérative des compétences³. Il veut plutôt dire « invalide ». Dans le renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba, il a en effet été précisé que :

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas les principes qui, au cours des années, ont constitué le fondement du contrôle judiciaire. Dans un cas où on n'a pas respecté les modalités et la forme requises en matière

-
1. *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).
 2. Voir notamment Maxime ST-HILAIRE et Laurence BICH-CARRIÈRE, « La constitution juridique et politique du Canada: notions, sources et principes », coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles.
 3. Voir notamment *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6; *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67; *Husky Oil Operations Ltd c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *A.-G. Ont. v. A.-G. Can. (Local Prohibition)*, [1896] A.C. 348; *Huson v. South Norwich (Township)*, 24 SCR 145.

constitutionnelle, l'invalidité continue d'être la conséquence de ce non-respect. Le mot "inopérantes" signifie qu'une règle de droit ainsi incompatible avec la Constitution est inopérante pour cause d'invalidité⁴.

Comparons d'abord cette charte constitutionnelle, dont l'art. 26 préserve d'ailleurs les « autres droits et libertés », avec la Déclaration canadienne des droits⁵ et la Loi canadienne sur les droits de la personne⁶. « Constitutionnelle » sur le plan matériel, la Déclaration de 1960 est une loi fédérale ordinaire sur le plan formel. Son adoption ne correspond pas à l'exercice du pouvoir constituant⁷. Elle ne peut donc pas conditionner la validité des lois ni concerner les droits et libertés au-delà de leur relation avec ce qui relève de la compétence fédérale. Justement, la Déclaration n'intéresse que les autres lois fédérales. Son art. 2 ne contient ainsi que des dispositions interprétatives, dont une règle de préséance⁸. Une autre différence appréciable entre la Charte et la Déclaration canadiennes est que la seconde, à son alinéa 1a), entend protéger le droit de l'individu à la libre jouissance de ses biens, tandis que la première, à son art. 8, se limite à cet égard la protection de chacun contre les perquisitions ou saisies abusives. Quant à la Loi canadienne sur les droits de la personne de 1977, qui est elle aussi une loi fédérale ordinaire sur le plan formel avec tout ce que cela implique, elle traite tout spécialement du droit à la protection contre la discrimination⁹. Afin de lever l'immunité législative dont bénéficie le gouvernement et ses mandataires en vertu de la common law, son par. 66(1) prévoit d'autre part que

4. Renvoi : *Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, par. 52.

5. *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44.

6. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6.

7. Voir M. ST-HILAIRE et L. BICH-CARRIÈRE, préc., note 2, par. 20.

8. « Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme [les al. a) à g) l'indiquent]. »

9. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, préc., note 6, art. 2.

cette « loi lie Sa Majesté du chef du Canada sauf en ce qui concerne les gouvernements du Yukon, des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut ». La loi en question ne cherche pas à atteindre son objectif au moyen d'une règle de prépondérance, mais par l'institution d'un système d'enquête, de conciliation, de règlement et de sanction composé de la Commission canadienne des droits de la personne, créée en vertu de la partie II de la loi, et du Tribunal canadien des droits de la personne, établi aux termes de ses art. 48.1 à 48.9. Comparons ensuite la Charte canadienne des droits et libertés avec la Charte des droits et libertés de la personne du Québec¹⁰. Celle-ci est une loi québécoise ordinaire sur le plan formel, de sorte qu'elle ne peut elle aussi être qualifiée de « constitutionnelle » que sur le plan matériel. Elle ne saurait donc fonder une déclaration d'invalidité davantage que ne peut le faire la Déclaration canadienne des droits, par exemple. Aussi son art. 52, entre autres dispositions interprétatives, ne prévoit-il qu'une règle de préséance¹¹? Tout comme le par. 66(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, son art. 54 prévoit que cette « Charte lie l'État ». Outre les tribunaux judiciaires, la Charte québécoise est également mise en œuvre par la Commission des droits de la personne et de la jeunesse établie aux termes de sa partie II ainsi que par le Tribunal des droits de la personne constitué en vertu de sa partie VI, ajoutée à la loi en 1989. Enfin, un trait distinctif de la Charte québécoise est que, en son chapitre IV, elle entend protéger certains droits économiques et sociaux. À tout prendre cependant, ce qui distingue essentiellement la Charte canadienne des droits et libertés des autres textes législatifs de contenu similaire demeure son statut constitutionnel formel. Aussi faut-il savoir d'entrée que, en vertu de plusieurs de ses dispositions, cette partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* est à certains égards de portée plus large que ne le prévoit, en partie VII, le par. 52(1) au sujet de la loi suprême en général. Au-delà du seul contrôle de validité, l'art. 24

10. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

11. « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte ».

de la Charte permet à la personne dont les droits ont été violés, niés ou autrement enfreints d'obtenir réparation¹². Plusieurs droits qu'elle protège sont opposables à des mesures de portée individuelle qui ne se présentent pas forcément comme des « règles de droit ». Enfin, en vertu du par. 32(1), elle s'applique notamment au contrôle de toute action des gouvernements fédéral et provinciaux. C'est précisément cette dernière disposition qui retiendra notre attention ici.

La *Loi canadienne sur les droits de la personne*, par exemple, s'applique aux rapports privés en sus de ceux entre l'État et les personnes (physiques et morales), mais, bien entendu, seulement dans la mesure où ces rapports ressortissent au Parlement fédéral¹³. Il en va tout autant de la Charte québécoise, à cette exception près qu'elle ne vise que « les matières qui sont de la compétence législative du Québec »¹⁴. S'agissant de la Charte constitutionnelle en revanche, la jurisprudence veut qu'elle ne s'applique qu'à une notion confuse de rapports de droit public. La jurisprudence prend à cet égard appui sur son par. 32(1), qui dispose que celle-ci s'applique :

- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
- b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Les tribunaux ont interprété cette disposition de manière restrictive. La Charte constitutionnelle ne pourrait ainsi s'appliquer qu'aux législateurs et aux gouvernements, provinciaux comme fédéral dans chaque cas. C'est donc dire qu'elle ne saurait s'appliquer aux autorités étrangères – l'application extraterritoriale

12. Voir notamment *R. c. Conway*, 2010 CSC 22; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32.

13. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, préc., note 6, art. 2.

14. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 10, art. 55.

de la Charte étant une question relativement complexe dont je ne traiterai pas ici¹⁵. À en croire la jurisprudence ou, plus exactement, la tentative de théorisation que consigne la motivation d'un certain ensemble de jugements de la Cour suprême, il y aurait deux modes principaux d'application de la Charte aux acteurs visés à son par. 32(1). Un premier serait fonction de la nature législative de la mesure en cause, et un second, fonction de la qualité « gouvernementale » de l'auteur de celle-ci. Se poserait donc accessoirement la question de l'application de la Charte aux acteurs qui ne sont pas visés par cette disposition, parmi lesquels les tribunaux. Le présent propos n'est autre que de prendre la mesure du décalage entre les théories de la Cour et sa pratique d'application de la Charte, une mesure telle que cette application se révèle être régie par l'intuition plutôt que par une forme ou une autre de normes juridiques.

1. Les mesures attribuables au législateur

En tant qu'elle s'applique au législateur, la Charte s'applique d'abord à toute norme législative ou réglementaire.

15. Voir notamment la jurisprudence relative à l'extradition : *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 CSC 1. Toutefois, à défaut d'une application *directe* susceptible de fonder un recours en réparation en vertu de l'art. 24, la Charte peut s'appliquer *indirectement* à l'action d'autorités étrangères. Cela lui est possible en fondant le contrôle d'une procédure d'extradition depuis le Canada vers l'étranger, le plus souvent en vertu de l'art. 7 relatif au droit de chacun à ce qu'il ne soit porté atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne que conformément aux principes de justice fondamentale, mais éventuellement aussi en vertu de l'art. 12 qui protège chacun contre tous traitements ou peines cruels et inusités. Une telle application indirecte de la Charte à l'action des autorités étrangères est aussi possible dès lors que cette action s'est traduite par la collecte d'éléments de preuve que le poursuivant veut produire dans un procès tenu au Canada, et ce sous la forme d'un contrôle de l'équité du procès en vertu de l'al. 11*d*) ou, si l'inculpé est passible d'une peine d'emprisonnement, en vertu de l'art. 7 (volet « liberté ») : *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, par. 35.

Lorsque le législateur a entrepris de légiférer sur une question, la Charte peut intervenir, quitte à permettre aux tribunaux, par les techniques de l'interprétation large (*read in*) ou atténuée (*read down*), d'ajouter ou de soustraire aux termes de la loi afin, par exemple, de la rendre non discriminatoire en vertu de son par. 15(1)¹⁶. En revanche, la Charte ne saurait fonder l'inconstitutionnalité de l'absence totale de législation sur une question. D'autre part, et quitte à anticiper sur la question d'une éventuelle atteinte à un droit, précisons d'ores et déjà qu'une norme législative ne saurait être tenue pour contraire à la Charte lorsque cette norme ne fait par exemple que conférer, en toute égalité, une capacité de droit commun, telle la capacité de contracter, sans impliquer forcément que l'exercice de cette capacité ne porte atteinte aux droits qu'une personne détient en vertu de la Charte. Il s'agirait là d'une norme législative neutre au regard de la Charte. Il est donc essentiel de pouvoir se poser la question à savoir si l'atteinte alléguée proviendrait effectivement de la norme plutôt que de la manière particulière dont elle a été mise en œuvre. Dans *Miron c. Trudel*, par exemple, la loi ontarienne sur les assurances (dans sa version normalement applicable aux faits de l'espèce), qui dictait l'essentiel des termes de toute police d'assurance automobile, a été reconnue porter atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la Charte pour limiter la notion de « conjoint » à la personne légalement mariée¹⁷. En revanche, dans les affaires *Young c. Young*¹⁸ et *P.(D.) c. S. (C.)*¹⁹, dont il a été disposé en même temps, la Cour fut unanime à conclure que les dispositions de la loi fédérale sur le divorce et du code civil, respectivement, qui font de l'« intérêt de l'enfant » le critère à l'aune duquel le juge doit trancher les litiges relatifs à la garde d'un enfant, ne portent en elles-mêmes atteinte à aucun droit ou liberté garanti par la Charte. Il faut donc retenir que, s'il est vrai que la Charte s'applique toujours à la loi, encore faut-il s'assurer que l'atteinte alléguée en proviendrait directement, à

16. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

17. *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

18. *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

19. *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141.

défaut de quoi il faut reporter la question de son application à l'acte de mise en œuvre de la loi.

Si l'atteinte alléguée était (si elle était avérée) imputable à un acte de mise en œuvre de la norme législative plutôt que directement à celle-ci, la Charte ne s'y appliquera, *en tant qu'elle s'applique au législateur*, que si cet acte tient de l'exercice d'un pouvoir prévu par cette norme. En effet, la Charte ne s'appliquera pas, sur ce mode, à l'exercice d'une simple capacité de droit commun, prévue au Code civil, par exemple, ou qui n'existe à la base que grâce à une loi, générale ou spéciale, aux termes de laquelle une organisation est constituée en personne morale. Ce mode d'application de la Charte exige plutôt l'exercice d'un véritable *pouvoir*. Celui-ci est par définition dérogatoire au droit commun. On ne peut en être titulaire qu'en vertu de la loi ou de la common law, constitutionnelle ou ordinaire dans les deux cas. Or, il est ici entendu que, pour que la Charte s'applique à l'exercice d'un pouvoir en tant qu'elle s'applique au législateur, ce pouvoir doit provenir de la loi ordinaire, bien qu'il serait souhaitable d'étendre ce principe à l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi constitutionnelle. Par exemple, l'exercice d'un pouvoir qui tire sa source de l'exercice préalable d'une simple capacité de droit commun, tel l'arbitrage qui intervient en vertu d'une clause contractuelle, ne sera pas soumis à la Charte, tandis qu'il en va autrement de celui qui, tel l'arbitrage de grief aux termes d'une convention collective de travail, est imposé par la loi²⁰. Pour prendre un autre exemple, l'exercice de sa compétence par la *British Columbia Human Rights Commission* a aisément été reconnu être assujéti à la Charte par une majorité de juges dans l'affaire *Blencoe* :

L'un des traits distinctifs des actes accomplis en vertu d'un pouvoir conféré par la loi est qu'ils comportent un pouvoir de contrainte que n'ont pas les particuliers (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* [éd. feuilles mobiles]),

20. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038 (application de la Charte à un arbitrage de grief).

vol. 2, à la p. 34-12). Il est clair que les pouvoirs de la Commission sont plus étendus que ceux d'une personne physique. Sa compétence ne découle pas du consentement des parties. Le *Human Rights Code* habilite, de diverses manières, la Commission à enquêter sur des plaintes et à décider de la façon de les traiter. L'article 24 du Code permet expressément au commissaire d'exiger la production de documents²¹.

Ainsi que le relève Peter Hogg cependant, la Cour suprême s'est parfois écartée de ce principe²². Dans l'arrêt *Eldridge*, la Cour a tenu la Charte applicable, en tant que celle-ci s'applique au législateur, à une forme de mise en œuvre qui n'avait rien de l'exercice d'un pouvoir prévu par la loi, en l'occurrence la mise en œuvre d'une « politique » ou « programme » « déterminé »²³. En vertu de l'*Hospital Insurance Act* de la Colombie-Britannique, l'hôpital en cause n'exerçait aucun pouvoir sur autrui en fournissant des services hospitaliers et autres soins médicaux. La Cour a pourtant insisté sur l'encadrement et le financement de la prestation de ces services par la loi. Celle-ci faisant de ces services un droit des résidents de la province qui se traduit par une obligation qui incombe aux hôpitaux, il est tentant de conclure que l'arrêt *Eldridge* a ajouté l'obligation au pouvoir comme condition dans laquelle la mise en œuvre d'une norme législative peut être assujettie à la Charte en tant que celle-ci s'applique au législateur. Cela dit, cette notion de « mise en œuvre de politiques gouvernementales » ayant jusqu'alors servi plutôt à l'analyse fonctionnelle relative à l'application de la Charte en tant qu'elle s'applique au *gouvernement*²⁴, il semble surtout que les motifs, pourtant unanimes, de l'arrêt *Eldridge* s'expliquent par une confusion des deux principaux modes d'application de la Charte. À l'inverse, dans l'arrêt *Lavigne*, où l'un des auteurs de la mesure

21. *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, par. 36 (J. Bastarache).

22. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supp., Toronto (Ont.), Carswell, loose-leaf, 2007, p. 37-15 à 37-18.

23. *Eldridge c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 43-51.

24. Voir *infra*, partie 2.

avait dans un premier moment été reconnu assimilable au gouvernement, les motifs majoritaires du juge La Forest suggéraient que, si cela n'eût été le cas, la mesure n'eût été attribuable au législateur²⁵. Cette mesure consistait en l'inclusion d'une disposition relative à la cotisation syndicale obligatoire (« formule Rand ») dans la convention collective de travail conclue entre le Conseil des gouverneurs, soit l'agent négociateur des collèges ontariens, et le Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario. N'eût été la qualité gouvernementale du Conseil, nous disent les motifs du juge La Forest, la Charte n'aurait pu trouver application à la mesure contestée. La Loi sur la négociation collective dans les collèges prévoyait expressément les dispositions de précompte obligatoire, mais comme possibilité seulement, c'est-à-dire sans aucunement en faire un contenu conventionnel impératif. Les parties avaient donc eu la liberté de négocier ou non de telles dispositions. Or Peter Hogg insiste pour dire que c'est la nature même des dispositions de cotisation syndicale obligatoire que de lier individuellement chacun des employés visés à une convention collective de travail nonobstant leur absence de consentement, ce qui n'est possible qu'à la faveur d'un régime législatif dérogatoire au régime contractuel de droit commun²⁶. Autrement dit, cet auteur rappelle que, pour répondre à la question de savoir s'il y a ou non exercice d'un pouvoir prévu par la loi dans le domaine du droit du travail, il ne faut pas limiter son regard aux parties à une négociation collective, mais le porter aussi sur la situation des employés pris à titre individuel en vertu de l'ensemble du régime législatif rendant possible la négociation obligatoirement collective des relations de travail. En d'autres termes encore, la loi donne aux parties à la négociation des relations collectives de travail d'une unité accréditée un pouvoir sur les employés pris individuellement.

Une autre décision problématique doit ici être prise en considération. Il s'agit de l'arrêt rendu dans une affaire où, bien que la Charte ait été invoquée à l'encontre de l'exercice d'un

25. *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211 (ci-après *Lavigne c. SEFPO*).

26. P. W. HOGG, préc., note 22.

pouvoir prévu par la loi, la Cour suprême s'est contentée de disposer de la contestation sur la base des critères que, en termes de « normes de contrôle », le droit administratif fournit aux fins du contrôle de légalité. Dans l'arrêt *Chamberlain*, en effet, tant les motifs concordants du juge LeBel que les motifs majoritaires de la juge en chef McLachlin se sont ainsi limités à contrôler la conformité du refus de la part d'un conseil scolaire d'approuver les manuels contenant des illustrations figurant des familles homoparentales à la *School Act* de la Colombie-Britannique²⁷.

2. Le « gouvernement » et les acteurs qui lui sont assimilables

En tant qu'elle s'applique au gouvernement maintenant, la Charte peut, tout aussi bien, s'appliquer à une mesure indifféremment de la nature de celle-ci, en raison de la seule qualité « gouvernementale » de son auteur. Il n'importera alors pas que la mesure en question se fonde sur la prérogative royale²⁸ ou sur des règles encore plus générales de la common law ni qu'elle consiste en l'exercice d'une simple capacité de droit commun, que celle-ci provienne de la common law, du Code civil ou d'une loi. Il pourra donc s'agir, par exemple, de la conclusion d'un contrat ou autre forme d'acte bilatéral²⁹, ou encore de l'exercice d'un droit de propriété. Peu importera, dès lors que l'auteur de la mesure sera *assimilable* au gouvernement – le mot étant ici entendu au sens strict qui le fait renvoyer au détenteur du pouvoir exécutif, c'est-à-dire, au Canada, à la Reine ou au gouverneur général en conseil ou au lieutenant gouverneur en conseil, suivant qu'il s'agisse du gouvernement fédéral ou de celui d'une province³⁰.

27. *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86.

28. *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

29. *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570.

30. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 9-16 et 58-68.

La Charte s'appliquera de cette manière à tout acte, non seulement du gouvernement, mais aussi du seul « cabinet »³¹ ou conseil exécutif (suivant qu'il s'agisse du pouvoir fédéral ou provincial), d'un ministre ou d'un fonctionnaire du gouvernement au sens strict, bref, à tout acte de ce qu'on appelle aussi l'« administration centrale ». Mais ce n'est pas tout. La Charte s'appliquera aussi sur ce même second mode à toute personne, physique ou morale, ou entité, non seulement désignée « mandataire de la Couronne » (*Crown Agent*) par la loi³², mais encore réputée telle au terme de son analyse³³. Les formes imaginables que peut revêtir cette dernière analyse sont au nombre de deux : une analyse structurelle et une analyse fonctionnelle. Or, la seconde fait intervenir une notion élargie de « gouvernement ».

L'analyse *structurelle* mènera à la conclusion selon laquelle une entité est assimilable au gouvernement dont elle est ainsi réputée être la mandataire si elle révèle un « niveau non négligeable » (*substantial degree*) de contrôle de cette entité par le « gouvernement » au sens strict. Une telle analyse devra donc porter sur l'ensemble du régime législatif de l'entité en cause afin, notamment, de déterminer le mode de nomination et de destitution de ses administrateurs et dirigeants et de vérifier dans quelle mesure certains de ses règlements et décisions sont éventuellement assujettis à l'approbation du gouvernement ou d'un ministre. D'autres formes d'interventions gouvernementales

31. En droit, le « cabinet » n'est rien d'autre qu'un comité du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

32. *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, par. 17 (J. Deschamps, motifs majoritaires, cependant unanimes sur ce point, concernant l'une des deux sociétés de transport en cause, en l'occurrence BC Transit). Pour ne prendre dans la loi qu'un exemple supplémentaire parmi tant d'autres, l'art. 3.1.1. de la *Loi sur Hydro-Québec*, RLRQ, c. H-5, prévoit que : « La Société est, pour les fins de la présente loi, un mandataire de l'État et l'a toujours été depuis le 14 avril 1944. »

33. *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, préc., note 29; *Lavigne c. SEFPO*, préc., note 25.

dans les opérations de l'entité pourront aussi être prises en considération. Par contre, le financement public ne devrait pas ici être en soi déterminant. Il est tout à fait fréquent qu'une entité décentralisée, dont la loi prévoit un niveau élevé d'indépendance par rapport au gouvernement et à l'administration centrale, soit financée à même des fonds publics. Or, toute opération débitrice sur le trésor public devant être prévue par une loi d'affectation de crédits, ce sera plutôt l'éventuelle discrétion accordée par la loi au gouvernement dans l'allocation de ressources financières à l'entité en question qui devra être prise en compte. Les deux arrêts à l'origine de cette analyse structurelle sont *McKinney c. Université de Guelph*³⁴ et *Stoffman c. Vancouver General Hospital*³⁵.

Dans ces deux affaires, la juge Wilson a rédigé des motifs dissidents dans lesquels elle militait notamment pour que l'analyse devant permettre de répondre à la question à savoir si une entité doit ou non être réputée mandataire du gouvernement aux fins de l'application de la Charte s'entende également d'une analyse *fonctionnelle*. Celle-ci devait porter sur la nature des opérations ou activités principales de l'entité afin de déterminer si elles correspondaient à l'exercice d'une « fonction gouvernementale ». Il vaut de reproduire ici les extraits pertinents des motifs de la juge Wilson dans l'arrêt *McKinney*. Ceux-ci défendent une conception pour ainsi dire « non essentialiste » de la fonction gouvernementale :

Une fonction devient gouvernementale parce qu'un gouvernement a décidé qu'il devrait l'exercer et non parce que la fonction est en soi une fonction gouvernementale. Il me semble que si on ignore ce point, la méthode fonctionnelle risque de nous amener à mettre la charrue devant les bœufs. En outre, il me semble nécessaire de reconnaître qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles tant les organismes gouvernementaux que non gouvernementaux exercent simultanément une fonction donnée. Dans ces cas, la méthode fonctionnelle peut ne

34. *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

35. *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.

pas nous révéler grand-chose quant au statut d'une entité donnée qui exerce cette fonction.

Cela dit, il me semble que la méthode fonctionnelle a quelque chose à offrir, pourvu qu'on ne présume pas que pour la seule raison qu'un organisme n'exerce pas une fonction gouvernementale traditionnelle il n'est pas un acteur gouvernemental. Le fait qu'une entité exerce une activité que nous sommes venus à considérer comme l'une des fonctions exclusives d'un palier de gouvernement donné peut fort bien être un indice sérieux qu'il s'agit d'un acteur gouvernemental. [...]

Finalement, tout dépendra, dans une large mesure, de la fonction dont il est question. Bien qu'il existe des fonctions que le gouvernement exerce depuis longtemps, par exemple le processus d'application du droit criminel, il y en a d'autres qui peuvent être exercées par le gouvernement dans certaines circonstances et par d'autres types d'organismes, par exemple des sociétés privées, dans d'autres circonstances. Il peut également y avoir des fonctions que le gouvernement juge ne plus devoir exercer. Et comme je l'ai déjà proposé, il peut y avoir des secteurs de l'économie où le gouvernement est en concurrence directe avec le secteur privé quant à la fourniture de services particuliers et où il est très difficile d'utiliser une méthode fonctionnelle pour déterminer qui est un acteur gouvernemental et qui ne l'est pas. Au mieux, la méthode fonctionnelle ne peut alors apporter que des réponses approximatives à la question de savoir s'il s'agit du gouvernement. Mais cette méthode peut néanmoins faire ressortir des considérations importantes dont on devrait tenir compte dans l'examen du statut d'un organisme donné³⁶.

Dans ces mêmes motifs, la juge Wilson se livre préalablement à une critique convaincante du raisonnement du

36. *McKinney c. Université de Guelph*, préc., note 34 (j. Wilson, motifs dissidents; version électronique publiée par Lexum non paginée).

juge La Forest selon lequel l'analyse se doit d'être exclusivement structurelle :

Mon collègue le juge La Forest a conclu que la *Charte* ne s'applique qu'au gouvernement au sens le plus restreint. Il trouve appui dans une théorie particulière du rôle des constitutions appelée le "constitutionnalisme". Selon cette théorie, l'État est un mal nécessaire. En raison du risque de tyrannie et d'abus que comportent les grands États, le rôle du gouvernement devrait être défini restrictivement. L'ordre social et économique devrait relever du secteur privé. Plus l'État intervient dans cet ordre privé, plus grand est le risque que la liberté des personnes soit réduite. Ainsi, l'intervention minimale de l'État est un bien non mitigé. Cependant, même quand l'État intervient le moins possible, il doit y avoir un certain mécanisme pour protéger les citoyens contre le risque de tyrannie du gouvernement et ce mécanisme c'est la constitution elle-même. D'où la notion de gouvernement constitutionnel comme protecteur de la liberté des citoyens.

À partir de cette vision du rôle classique des États et des constitutions, mon collègue a formulé ce que j'estimerais être un critère très étroit de "l'action gouvernementale" en vertu du par. 32(1) de la *Charte*. À son avis, seules les entités qui constituent réellement le "gouvernement" relèvent de la *Charte*. Ils doivent faire partie "de l'appareil gouvernemental", "du gouvernement", "de la machine gouvernementale"³⁷.

Il y a en effet quelque chose de foncièrement incohérent dans le raisonnement du juge La Forest dans cette affaire. Dans la mesure où la *Charte* a justement pour objectif d'encadrer l'action de l'État (ce « gouvernement » au sens large et plutôt anglais du terme), le « constitutionnalisme » du juge La Forest aurait dû le conduire à en préconiser un champ d'application qui soit large, non pas étroit. Cela impliquait une conception large, non pas

37. *Id.* (j. Wilson, motifs dissidents; version électronique publiée par Lexum non paginée).

étroite, de la notion de « gouvernement » au sens du par. 32(1) de la Charte. À l'inverse, le juge La Forest préfère s'aveugler à l'égard de la réalité de la diversification des formes et de l'expansion générale de l'intervention étatique au cours du 20^e siècle pour favoriser une application de la Charte à un seul gouvernement conçu restrictivement sur la base de la forme que celui-ci a pu prendre à une époque révolue. Voilà qui ressemble au mieux au jeu de l'autruche, au pire à une contradiction performative, et ce pour quoi la juge Wilson était fondée de faire l'objection suivante :

Il me semble qu'un rappel historique de la croissance de l'État canadien démontre clairement que ceux qui ont adopté la *Charte* voulaient accorder une certaine protection à la liberté individuelle et à l'autonomie personnelle face au rôle grandissant du gouvernement. [...] À mon avis, il découle de ces propositions que nous devons donner un sens général au mot "gouvernement", un sens qui tienne à la fois compte de la variété des rôles que le gouvernement en est venu à jouer dans notre société et de la nécessité d'assurer que, dans tous ces rôles, il se conforme aux normes constitutionnelles établies dans la *Charte*. Cela signifie qu'il ne faut pas s'empresse de présumer qu'un organisme *ne fait pas* partie du gouvernement. L'examen d'une grande variété de facteurs peut fort bien être nécessaire pour pouvoir conclure définitivement qu'une entité particulière ne fait pas partie du gouvernement. Si notre Cour doit s'acquitter de son obligation de veiller à ce que notre Constitution fournisse une "protection constante des droits et des libertés individuels" contre l'action gouvernementale, elle ne doit donc pas adopter une interprétation restrictive de ce que constitue l'action gouvernementale. Le faire revient à limiter l'effet de la *Charte* et à minimiser la protection qu'elle visait à fournir³⁸.

38. *McKinney c. Université de Guelph*, préc., note 34 (j. Wilson, motifs dissidents; version électronique publiée par Lexum non paginée).

N'y a-t-il pas en effet quelque chose d'irréductiblement contre-intuitif, à notre époque, à statuer qu'une charte constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux prévoyant s'appliquer au législateur et au gouvernement ne s'applique pas pour autant systématiquement, par exemple, à ces gouvernements locaux, par nature décentralisés territorialement, que sont les municipalités et les villes?

Majoritaire dans *McKinney* et *Stoffman*, le structuralisme exclusiviste du juge La Forest a été suivi dans les affaires *Douglas College*³⁹ et *Lavigne*⁴⁰. Dans l'arrêt *Godbout*, trois juges sur neuf, sous la plume du juge La Forest justement, auraient reconnu la Charte applicable à la ville de Longueuil en raison de la nature gouvernementale de ses activités, du moins celles en cause⁴¹. Il convient de reproduire ici les extraits pertinents du juge La Forest, qui me paraissent corriger une erreur sans l'admettre, au moyen d'une reconstruction interprétative plutôt forcée des motifs majoritaires des arrêts *McKinney* et *Stoffman* :

La comparaison entre les arrêts *McKinney*, *Harrison* et *Stoffman* d'un côté et les arrêts *Douglas* et *Lavigne*, de l'autre, fait ressortir clairement ce qui me paraît être un principe important de l'applicabilité de la *Charte* canadienne à des entités autres que le Parlement, les législatures provinciales ou les gouvernements fédéral ou provinciaux : lorsque ces entités sont en réalité de nature « gouvernementale » – en raison, par exemple, du degré de contrôle gouvernemental dont elles font l'objet ou de la nature gouvernementale des fonctions qu'elles exécutent – elles ne peuvent se soustraire à l'examen fondé sur la *Charte*. En d'autres termes, l'art. 32 est de portée assez large pour englober toutes les entités qui sont essentiellement de nature gouvernementale et son champ d'application ne se limite pas aux seuls organismes qui font officiellement partie de la structure gouvernementale fédérale ou provinciale. Cela ne veut pas dire, bien sûr,

39. *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, préc., note 29.

40. *Lavigne c. SEFPO*, préc., note 25.

41. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

que la *Charte* ne s'applique qu'aux entités (autres que le Parlement, les législatures provinciales et les gouvernements fédéral ou provinciaux) qui sont de nature gouvernementale. Il se peut très bien, en effet, que des entités données soient assujetties à un examen fondé sur la *Charte* relativement à certaines fonctions gouvernementales qu'elles accomplissent, même si, intrinsèquement, ces entités ne peuvent être correctement décrites comme « gouvernementales » [...].

[...] Si la *Charte* devait en effet ne s'appliquer qu'aux organismes faisant institutionnellement partie du gouvernement et non à ceux qui sont de nature gouvernementale (ou qui accomplissent des actes gouvernementaux) dans les faits, le gouvernement fédéral et les provinces pourraient facilement se soustraire aux obligations que la *Charte* leur impose en octroyant certains de leurs pouvoirs à d'autres entités et en leur faisant exécuter des fonctions ou appliquer des politiques qui sont, en réalité, gouvernementales. Autrement dit, le Parlement, les législatures provinciales et la branche exécutive des gouvernements fédéral ou provinciaux n'auraient qu'à créer des organismes distincts d'eux et à leur conférer le pouvoir d'exécuter des fonctions gouvernementales pour échapper aux contraintes que la *Charte* impose à leurs activités. De toute évidence, cette façon de faire réduirait indirectement la portée de la protection prévue par la *Charte* d'une manière que le législateur pourrait difficilement avoir voulue et entraînerait des conséquences pour le moins indésirables. En effet, compte tenu de leur importance fondamentale, les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés contre toute tentative visant à en réduire indûment la portée ou à échapper complètement aux obligations qui en découlent⁴².

S'il n'était minoritaire, le juge La Forest se trouverait ici à donner rétroactivement (plutôt que simplement rétrospectivement) raison à la juge Wilson, dont la notion de fonction

42. *Id.*, par. 47 et 48 (j. La Forest).

gouvernementale n'était assurément pas réduite à une conception étroite du gouvernement au sens du titulaire du pouvoir exécutif, mais tenait d'une notion plus large de service public⁴³. L'analyse fonctionnelle permettrait ainsi de conclure soit, globalement, à une entité de nature gouvernementale, soit, particulièrement, à la nature gouvernementale de certaines de ses activités seulement.

Dans *R. c. M.*, la Cour a retenu que, aux fins de l'application de la Charte, « les écoles font partie du gouvernement »⁴⁴. Cette conclusion générale des juges majoritaires était partagée par le juge dissident⁴⁵. Était en cause la fouille d'élèves d'une école secondaire par son directeur adjoint. Cette qualité d'acteur gouvernemental a été au passage reconnue aux écoles primaires également, mais non aux collèges et universités⁴⁶. La Cour ayant aussi relevé que la fouille en cause « était implicitement autorisée par les dispositions de l'*Education Act* de la Nouvelle-Écosse »⁴⁷, il est impossible de déterminer sur lequel des deux principaux modes la Charte s'y est appliquée. La Cour se fait même explicite sur cette indétermination :

Compte tenu de la concession faite par l'intimée, il ne convient pas d'examiner et de décider de manière définitive lequel de ces arguments [celui du contrôle gouvernemental ou celui de l'exercice d'un pouvoir légal,] devrait être appliqué. Il vaut mieux présumer simplement,

43. Voir *supra*, notes 36, 37 et 38, et texte correspondant.

44. *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, par. 25 (j. Cory, motifs majoritaires).

45. *Id.*, par. 71 (j. Major, motifs dissidents) : « les actes que les responsables d'une école accomplissent, en tant que prolongement du gouvernement, sont assujettis à la *Charte canadienne des droits et libertés* ». Ce juge dissident était cependant d'avis qu'en l'espèce le directeur adjoint de l'école secondaire avait plutôt agi comme « mandataire de la police », en l'occurrence la GRC opérant comme police provinciale ou municipale sous l'autorité et la responsabilité du ministre provincial à la faveur d'une entente de services (*Id.*, par. 73, 78 et 79).

46. *Id.*, par. 64 (j. Cory, motifs majoritaires) : « Il y a lieu de noter que cette affaire ne porte que sur une fouille d'élèves exécutée dans une école élémentaire ou secondaire. On ne s'est pas penché sur le cas des fouilles effectuées dans des établissements de niveau collégial ou universitaire. »

47. *Id.*, par. 64 (j. Cory, motifs majoritaires).

aux fins de la présente affaire, que les écoles font partie du gouvernement et que, partant, la *Charte* s'applique aux mesures prises par le directeur adjoint.

Or, il est capital de noter ici, car nous aurons à y revenir, qu'un tel vague entourant l'application de la Charte dans cette affaire contribue à rendre possible une conception élargie de la notion d'acteur gouvernemental au sein de laquelle l'idée de gouvernement n'est pas réduite au sens restreint où le mot renvoie au pouvoir exécutif ou à l'administration centrale. En effet, la qualité d'acteur gouvernemental a été ici reconnue à une école secondaire et à ses dirigeants à un niveau de généralité supérieur à celui sur lequel intervient la distinction entre pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire.

Dans les motifs majoritaires de l'arrêt *Blencoe* dont il a été question plus haut, l'analyse fonctionnelle pourrait sembler faire enfin son entrée officielle dans la jurisprudence, si seulement il s'agissait d'autre chose que d'une phrase échappée au beau milieu d'une détermination d'applicabilité de la Charte en vertu du premier mode principal (en tant qu'elle s'applique au législateur) :

Les faits de l'affaire *Slaight* et ceux de la présente affaire ont au moins une caractéristique commune prédominante: l'arbitre en matière de relations du travail (dans *Slaight*) et la Commission (en l'espèce) exercent tous les deux des pouvoirs gouvernementaux conférés par un corps législatif. Dans chaque cas, l'origine du pouvoir accordé est en fin de compte le gouvernement. La Commission tire tous ses pouvoirs de la loi. Elle applique le régime législatif du *Human Rights Code*. Elle met en œuvre un programme gouvernemental ou un régime législatif particulier établi par le gouvernement pour l'application de sa politique (voir *Eldridge*, précité, aux par. 37 et 44 et *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, à la p. 584). La Commission doit agir dans les limites de sa loi habilitante. Les fonctions d'une commission des droits de la personne créée par le gouvernement pour promouvoir

l'égalité dans la société en général sont clairement de « nature gouvernementale »⁴⁸.

Encore là, ce *dictum* tend à confirmer ma thèse de la présence, dans la pratique effective de la Cour, d'une notion plus générale, non seulement d'acteur, mais de fonction gouvernementale, notion qui s'étendrait, non seulement à certains actes d'acteurs non essentiellement gouvernementaux au sens large aussi bien qu'étroit, mais aussi à la mise en œuvre de la loi, voire à l'adoption de la loi, et qui à ce niveau de généralité couvrirait également la fonction juridictionnelle. Cette notion transcenderait donc l'opposition entre les soi-disant deux grands modes d'application de la Charte. Bref, ce *dictum* tend à confirmer notre thèse de la présence implicite et inassumée, dans la jurisprudence de la Cour suprême relative à l'application de la Charte, d'une notion large de fonction gouvernementale en termes de service public.

Dans l'arrêt *Buhay*, un *dictum* de la juge Arbour, écrivant du reste pour une cour unanime, prévoyait dans le même sens que, « [s]i l'État abandonnait au secteur privé, en totalité ou en partie, une fonction publique essentielle, même sans délégation expresse, il se peut [sic] que l'activité privée soit alors assimilée à une activité de l'État pour les besoins de la Charte⁴⁹ ».

Dans l'affaire de la *Greater Vancouver Transportation Authority*, l'« affaire BC Transit », deux entités, en l'occurrence deux sociétés de transport public, étaient en cause, entités dont la Cour a eu à se demander si elles étaient ou non mandataires du gouvernement. Bien que ce jugement soit majoritaire, les juges qui y ont pris part⁵⁰ furent unanimes sur cette question. Ainsi que nous l'avons vu plus haut en note, l'une de ces deux sociétés, BC Transit, a aisément pu être reconnue mandataire du gou-

48. Voir *supra*, note 21, et texte correspondant.

49. R. c. *Buhay*, 2003 CSC 30, par. 31.

50. Le juge Bastarache était présent à l'audience mais n'a pas pris part au jugement.

vernement, puisque la loi la désignait expressément comme telle⁵¹. L'autre société, TransLink, a été reconnue mandataire réputée du gouvernement, mais cela au motif qu'elle était largement contrôlée par un équivalent de nos communautés métropolitaines, le Greater Vancouver Regional District. Celui-ci s'était d'abord fait reconnaître la qualité d'acteur gouvernemental, au terme, non pas d'une analyse structurelle, mais d'une analyse fonctionnelle. Plus précisément, et au-delà de certaines apparences du texte, la juge Deschamps y est venue distinguer pour les admettre, à côté de l'analyse structurelle [1], deux formes d'analyse fonctionnelle, soit celle de la nature de l'entité même [2.1] et celle de la nature des activités de cette entité qui sont en cause [2.2] :

Deux avenues s'offrent donc pour déterminer si la *Charte* s'applique aux activités d'une entité : l'examen de la nature de l'entité ou celui de ses activités. Si on conclut que l'entité fait partie du « gouvernement », soit par sa nature même [2.1], soit à cause du pouvoir substantiel que l'État exerce sur elle [1], toutes ses activités sont assujetties à la *Charte*. Si l'entité comme telle ne fait pas partie du gouvernement, mais qu'elle exerce tout de même des activités gouvernementales [2.2], seules les activités pouvant être qualifiées de gouvernementales par nature sont assujetties à la *Charte*⁵².

Si, tandis qu'elle n'est ni désignée ni – en raison du contrôle que celui-ci exerce sur elle – réputée mandataire du gouvernement, une entité n'exerce qu'accessoirement des fonctions de nature gouvernementale, alors la Charte ne s'appliquera, *en tant qu'elle s'applique au gouvernement*, qu'à l'exercice de ces dernières fonctions. Dans cette affaire, la Cour fut unanime à conclure que la Charte s'appliquait à l'ensemble des actes de TransLink, car celle-ci était contrôlée [1] par une entité, le Greater Vancouver Regional District, qui était lui-même

51. Voir *supra*, note 32, et texte correspondant.

52. *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, préc., note 32 (j. Deschamps).

gouvernemental par nature [2.1]. Cette dernière conclusion se fondait essentiellement sur le fait que la loi traitait de tels « districts » dans les termes du « gouvernement local »⁵³. À un niveau plus fondamental, la juge Deschamps a motivé sa conclusion selon laquelle la Charte s'appliquait à TransLink par les raisons suivantes :

Le principe énoncé par le juge La Forest dans les arrêts *Eldridge* (par. 42) et *Godbout* (par. 48) – le gouvernement ne devrait pas pouvoir se soustraire aux obligations que lui impose la *Charte* en octroyant simplement ses pouvoirs à une autre entité – étaye également la conclusion que TransLink est une entité gouvernementale. La création légale de TransLink en 1998 et le transfert partiel au DRV du pouvoir de la province sur le réseau de transport en commun de la région ne visaient pas la privatisation des services de transport, mais plutôt la réorganisation administrative par l'octroi de pouvoirs accrus aux gouvernements locaux (motifs de la Cour d'appel, par. 75-79). On ne saurait donc conclure que ce transfert de pouvoirs provinciaux au DRV a

53. *Id.*, par. 18 (j. Deschamps) : « Pour sa part, TransLink prétend que le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à tort qu'elle fait partie du "gouvernement" au sens de l'art. 32 de la *Charte*. La juge Prowse est arrivée à la conclusion que TransLink appartient à l'appareil gouvernemental parce qu'elle relève du DRV, qui fait lui-même partie du "gouvernement" au sens de l'art. 32. Sa conclusion que le DRV est par nature assimilable au gouvernement repose sur l'art. 5 de la *Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323 ("LGA"), suivant lequel [TRADUCTION] "gouvernement local" s'entend du "conseil d'une municipalité" et du "conseil d'un district régional". La juge a en outre fait observer qu'un district régional est une société (art. 173) que dirige un conseil (art. 174), lui-même composé d'administrateurs municipaux et d'administrateurs de secteurs électoraux (par. 783(1)). De plus, la LGA dispose que le district régional est un [TRADUCTION] "palier de gouvernement indépendant et responsable sur son territoire" et que sa raison d'être est de veiller au [TRADUCTION] "bon gouvernement dans l'intérêt de la collectivité" (al. 2a)). Le DRV est donc clairement un "gouvernement local". »

soustrait le réseau de transport en commun du Grand Vancouver à l'application de la *Charte*⁵⁴.

Il est donc vraisemblable que, même si la Cour ne l'a jamais affirmé en *ratio decidendi*, la Charte s'applique déjà, pour ainsi dire du point de vue de la pratique, à tous les actes des villes et municipalités ainsi qu'à ceux des municipalités régionales et communautés métropolitaines, « districts », etc.

Ce qui précède tend à confirmer la thèse d'une intuition pratique, voire d'un principe implicite, mais pourtant effectif d'application de la Charte à l'exercice de toute fonction gouvernementale entendue au sens large de service public. Voilà ce que tend aussi à confirmer ce qui suit, car une exception aux principes structuralistes qui sont censés présider à l'application de la Charte au gouvernement semble viser les policiers, dont l'action est apparemment toujours tenue pour gouvernementale.

3. Les policiers et ceux qui agissent sur leurs instructions

Dans l'arrêt *Broyles*, la Charte a unanimement été considérée s'appliquer généralement aux policiers, dont la Cour, sans ne jamais mentionner le par. 32(1), s'est contentée de parler généralement comme des « représentants de l'État »⁵⁵. La Cour s'est donc ensuite demandé si l'indicateur de police en cause avait, en suivant les instructions des policiers, agi à ce titre de représentant de l'État. Cette question, la Cour a dit qu'il fallait y répondre en se concentrant sur « l'effet qu'ont eu sur l'entretien ou la communication avec l'accusé les liens existant entre l'indicateur et les autorités »⁵⁶.

Dans les motifs concordants qu'il a rendus dans l'affaire *Cook*, le juge Bastarache exprimait l'opinion selon laquelle, aux

54. *Id.*, par. 22 (j. Deschamps).

55. *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595 (j. Iacobucci; version électronique publiée par Lexum non paginée).

56. *Id.* (j. Iacobucci; version électronique publiée par Lexum non paginée).

termes de son par. 32(1), « la *Charte* s'applique à la police canadienne [par opposition aux policiers étrangers] parce que celle-ci fait partie du gouvernement du Canada ou d'une province »⁵⁷. Était en cause l'action de policiers municipaux canadiens à l'étranger. Sur cette question précise, les motifs majoritaires des juges Cory et Iacobucci se faisaient plus équivoques :

Conformément aux principes énoncés précédemment, nous concluons que la *Charte* s'applique aux actes des détectives de Vancouver à La Nouvelle-Orléans dans le cas qui nous occupe. Premièrement, l'arrestation et la détention de l'appelant et son interrogatoire subséquent étaient des actes accomplis par des policiers canadiens, ou à leur initiative. Le mandat d'arrestation faisait suite à une demande d'extradition présentée par le Canada. L'interrogatoire a été mené par des policiers canadiens, et non par des agents étrangers, en conformité avec les pouvoirs d'enquête que leur confèrent les lois canadiennes. Par conséquent, l'acte reproché est visé par le par. 32(1) de la *Charte*. La première condition est donc remplie⁵⁸.

-
57. *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, par. 124 (j. Bastarache, motifs concordants). Voir aussi par. 119 de ces mêmes motifs : « À première vue, il ne fait pas de doute que le par. 32(1) vise les actes de la police de Vancouver, puisque celle-ci a été constituée à titre d'organe gouvernemental et qu'elle exerce ses pouvoirs en vertu d'une loi provinciale (*Police Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 367, par. 7(2)). Les policiers sont visés par cette disposition, non seulement parce qu'ils exercent des pouvoirs conférés par la législature compétente, mais aussi parce qu'ils sont des agents du gouvernement. En effet, il a été décidé que le statut juridique du policier est celui de [TRADUCTION] "l'agent ministériel exerçant des pouvoirs prévus par la loi indépendamment de tout contrat" (*Reference Re Power of Municipal Council to Dismiss a Chief Constable* (1957), 7 D.L.R. (2d) 222 (C.A. Ont.), à la p. 225, citant le vicomte Simonds dans *Attorney-General for New South Wales c. Perpetual Trustee Co.*, [1955] A.C. 457, aux pp. 489 et 490; voir aussi la *Police Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 367, par. 7(2)). »
58. *Id.*, par. 49 (j. Cory et Iacobucci, motifs majoritaires).

Il semble donc que la majorité dans cette affaire ait jugé la Charte applicable sur ses deux principaux modes d'application à la fois. Cela dit, le mot du juge Bastarache dans *Cook* selon lequel « la *Charte* s'applique à la police canadienne parce que celle-ci fait partie du gouvernement du Canada ou d'une province »⁵⁹ sera repris par le juge LeBel dans l'arrêt *Hape* dont il rendra les motifs majoritaires. Plus exactement, ce mot sera alors repris, non pas en son intégralité, mais à l'appui de la thèse plus restrictive voulant que le policier soit « un acteur étatique auquel s'applique à première vue la *Charte* »⁶⁰. Cela dit, dans cette affaire, aucun juge ne s'opposera à cette thèse plus générale voulant que, aux fins de l'application de la Charte, les policiers doivent être considérés comme des « acteurs étatiques » ou « représentants de l'État ».

Dans l'intervalle, la Cour suprême a, dans l'arrêt *Golden*, reconnu la Charte applicable à une fouille exercée par des policiers accessoirement à une arrestation⁶¹. Bien qu'unanimes sur cette question précise, les motifs de cet arrêt n'y consacrent aucun développement, pas plus qu'ils ne contiennent quelque référence que ce soit au par. 32(1). Or, la fouille accessoire à une arrestation ou à une détention aux fins d'enquête n'étant permise qu'en vertu de la common law, il est raisonnable de supposer qu'en l'espèce la Charte n'a pas pu s'appliquer sur le premier mode, à savoir en tant qu'elle s'applique au législateur. Il est donc tentant d'en déduire que la Charte s'est alors appliquée plutôt en tant qu'elle s'applique au gouvernement, mais il aurait été souhaitable que la Cour indique les bases sur lesquelles elle assimilait des policiers de la communauté métropolitaine de Toronto au gouvernement.

Exceptionnellement, sans procéder à son arrestation, autrement dit préalablement à son arrestation éventuelle, des policiers peuvent détenir une personne à des fins d'enquête

59. Voir *supra*, note 57, et texte correspondant.

60. R. c. *Hape*, 2007 CSC 26, par. 103 (j. LeBel, motifs majoritaires).

61. R. c. *Golden*, 2001 CSC 83.

[...] s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée dans un crime donné et qu'il est nécessaire de la détenir. En outre, le policier qui possède des motifs raisonnables de croire que sa sécurité ou celle d'autrui est menacée peut soumettre la personne qu'il détient à une fouille par palpation préventive. [...] Il convient de distinguer les détentions aux fins d'enquête ainsi que le pouvoir de fouille préventive y afférent des arrestations et du pouvoir de fouille y afférent [...]⁶².

L'extrait qui précède provient des motifs majoritaires du juge Iacobucci dans l'arrêt *Mann*. Or, dans cette affaire, la Cour fut unanime à reconnaître l'application de la Charte à la fouille effectuée accessoirement à une détention aux fins d'enquête⁶³. Cela s'est fait de la même manière que dans l'arrêt *Golden*, c'est-à-dire sans que la Cour se livre préalablement à une analyse en vertu du par. 32(1), qui n'y a pas davantage été cité ou autrement mentionné. Les motifs de cet arrêt ne précisent d'ailleurs pas s'il s'agissait en l'espèce de l'action de policiers municipaux. C'est encore exactement de cette manière – à l'exception des motifs dissidents du juge Binnie qui semble étrangement l'avoir d'abord appliquée à la règle de common law en cause elle-même⁶⁴ – que la Charte s'est appliquée à une fouille policière accessoire à la détention aux fins d'enquête dans l'affaire *Clayton*⁶⁵. Relevons que l'application de la Charte aux policiers implique son application à la common law dans la mesure où les policiers agissent en vertu de celle-ci.

62. R. c. *Mann*, 2004 CSC 52, par. 45.

63. Par conséquent, la majorité des juges qui ont pris part à ce jugement fut d'avis que « [t]ant la détention que la fouille par palpation doivent être effectuées de manière non abusive » [...] « que les détentions effectuées aux fins d'enquête doivent être brèves et que les personnes détenues n'ont pas l'obligation de répondre aux questions du policier ». (*Id.*, par. 45 (j. Iacobucci, motifs majoritaires))

64. Voir *infra*, partie 5.

65. R. c. *Clayton*, 2007 CSC 32.

D'autre part, dans la mesure où le pouvoir de fouille accessoire à une *arrestation* est prévu par la common law comme accessoire éventuel, non seulement d'une arrestation effectuée par des policiers, mais aussi d'une arrestation effectuée par « quiconque » aux termes de l'art. 494 du Code criminel⁶⁶ ou d'une autre disposition législative pénale provinciale ou fédérale⁶⁷, l'imprécision des motifs de l'arrêt *Golden*, dont on ne sait s'il l'avait reconnue applicable sur le premier ou le second mode principal, ne permet pas de répondre à la question à savoir si la Charte s'appliquera également à la fouille accessoire à une

66. Jusqu'à tout récemment, cet article prévoyait ce qui suit :

(1) Toute personne peut arrêter sans mandat : a) un individu qu'elle trouve en train de commettre un acte criminel; b) un individu qui, d'après ce qu'elle croit pour des motifs raisonnables : (i) d'une part, a commis une infraction criminelle, (ii) d'autre part, est en train de fuir des personnes légalement autorisées à l'arrêter et est immédiatement poursuivi par ces personnes.

(2) Quiconque est, selon le cas : a) le propriétaire ou une personne en possession légitime d'un bien; b) une personne autorisée par le propriétaire ou par une personne en possession légitime d'un bien, peut arrêter sans mandat une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle sur ou concernant ce bien.

(3) Quiconque, n'étant pas un agent de la paix, arrête une personne sans mandat doit aussitôt la livrer à un agent de la paix.

La jurisprudence relative au par. (2) interprétait cette disposition comme n'autorisant pas l'arrestation d'une personne qui n'était pas en possession des biens qu'on prétendait avoir été volés : *R. v. Abel & Corbett*, 2008 BCCA 54. La *Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense*, L.C. 2012, c. 9, qui a reçu la sanction royale le 28 juin 2012, est venue remplacer le contenu de cette disposition par ce qui suit :

(2) Le propriétaire d'un bien ou la personne en ayant la possession légitime, ainsi que toute personne qu'il autorise, peut arrêter sans mandat une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle sur le bien ou concernant celui-ci dans les cas suivants :

a) il procède à l'arrestation à ce moment-là;

b) il procède à l'arrestation dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction et il croit, pour des motifs raisonnables, que l'arrestation par un agent de la paix n'est pas possible dans les circonstances.

Le Barreau du Québec comme l'Association du Barreau canadien, entre autres, s'opposaient à une telle modification.

67. *R. v. Lerke*, 1986 ABCA 15 (CanLII).

arrestation effectuée par une personne autre qu'un policier ou réputée mandataire du gouvernement, bref, par une personne de droit privé.

4. La fouille

Une décision rendue par la Cour d'appel de l'Alberta en 1986, l'arrêt *Lerke*, avait statué que la Charte s'appliquait à la fouille accessoire à une « arrestation citoyenne » en raison du fait que toute arrestation correspondait à l'exercice d'une « fonction gouvernementale »⁶⁸. Auteur de motifs unanimes, le juge en chef Laycraft en était venu à cette conclusion au terme d'une analyse historique⁶⁹. Il importe d'éviter l'écueil d'une lecture anachronique de cette décision qui a été rendue avant que la Cour suprême du Canada ne dégage les deux principaux modes d'application de la Charte. Cela dit, il eût été concevable de la part du juge en chef Laycraft à l'époque qu'il reconnût que la Charte s'appliquait à une telle fouille à titre d'accessoire, non pas d'une « fonction gouvernementale », mais de l'exercice d'un pouvoir prévu par la loi. Cela dit, l'approche du juge en chef Laycraft pourrait aujourd'hui trouver confirmation dans l'arrêt « BC Transit », où la Cour a précisé que, « [s]i l'entité comme telle ne fait pas partie du gouvernement, mais qu'elle exerce tout de même des activités gouvernementales, seules les activités pouvant être qualifiées de gouvernementales par nature sont assujetties à la Charte »⁷⁰. Il faudrait seulement admettre qu'ici « entité » puisse aussi

68. *Id.*, par. 15 (j. en chef Laycraft, motifs unanimes) : « *In my view the arrest of a citizen is a governmental function whether the person making the arrest is a peace officer or a private citizen* »; par. 23 : « *In my opinion when one citizen arrests another, the arrest is the exercise of a governmental function to which the Canadian Charter of Rights and Freedoms applies* ».

69. *Id.*, par. 15 (j. en chef Laycraft, motifs unanimes) : « *I reach this conclusion from a consideration of the long legal history of citizen's arrest from its common law origins to the statutory expression of the present powers of arrest contained in the Criminal Code of Canada or in the Petty Trespass Act.* »

70. Voir *supra*, note 52.

s'entendre d'une personne physique. Voilà toutefois qui serait sans compter avec l'arrêt *Buhay*.

Dans ce dernier arrêt en effet, la Cour a jugé qu'une fouille effectuée par de simples agents de sécurité n'était pas assujettie à la Charte, puisque ceux-ci n'avaient pas agi à titre de représentants de « l'État », auquel leur action ne pouvait d'ailleurs d'aucune autre manière être attribuée⁷¹. Sans même essayer de reprendre au compte de ma thèse la substitution du terme plus large d'« État » à celui de « gouvernement », je concède que cet arrêt suggère fortement que, nonobstant l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Lerke*, une fouille effectuée par une personne de droit privé accessoirement à une arrestation se dérobera au contrôle de la Charte. Quant à l'« arrestation citoyenne » elle-même, elle pourrait se voir appliquer la Charte sur le premier mode principal dans la mesure où elle est prévue par loi. En ce qui concerne la fouille effectuée par une personne de droit privé, on pourrait toujours distinguer entre celle qui est intervenue accessoirement à une arrestation légale et constitutionnelle et celle qui, comme dans l'affaire *Buhay*, était dépourvue de tout fondement juridique. Dans le premier cas, l'exercice d'un pouvoir légal dont elle est l'accessoire pourrait étendre sa qualité d'acte attribuable au législateur à la fouille. Encore, à l'encontre de l'arrêt *Buhay*, au-delà de l'arrêt *Lerke* et sur la base de l'arrêt « BC Transit », il serait possible de tenir directement, et non seulement par le truchement de l'arrestation dont elle peut être l'accessoire, toute fouille pour l'exercice d'une fonction gouvernementale. N'y a-t-il pas, en effet, quelque chose d'incohérent dans le fait de nier la protection de la Charte à celui qui est l'objet d'une fouille *absolument* illicite pour l'accorder à celui qui est fouillé accessoirement à une arrestation légale? On sera tenté de répondre par l'affirmative tant que l'on a à l'esprit une réparation telle que celle prévue au par. 24(2) de la Charte, à savoir l'exclusion des éléments de preuve obtenus à la suite de la fouille. La réponse risque cependant d'être autre dès lors qu'on se souvient que, en vertu du par. 24(1), la responsabilité en

71. R. c. *Buhay*, préc., note 49, par. 17, 25-30.

dommages-intérêts, non pas de la personne de droit privé qui a effectué la fouille, mais de l'État peut être engagée. Il serait assurément déraisonnable et ruineux de tenir l'État responsable des actes de tout particulier qui entreprend de « jouer au policier », pour ainsi dire. Or, j'aimerais profiter de l'occasion pour indiquer combien discutable me paraît ce principe de l'arrêt *Ward* selon lequel les dommages-intérêts accordés en vertu du par. 24(1) de la Charte le sont aux dépens de l'État, autrement dit de la « Couronne » ou, s'il est titulaire d'un patrimoine, de l'acteur public en cause⁷². Traditionnellement, la *Rule of Law* à l'anglaise s'est distinguée fièrement du droit public européen continental par son principe de responsabilité personnelle des fonctionnaires, plan positif et fondamental de la maxime immunitaire « *The King can do no Wrong* »⁷³. Par la suite, la loi est venue largement inverser cette logique, en levant l'immunité de la Couronne contre les poursuites en responsabilité civile d'une part et en prévoyant diverses formes d'immunités en faveur de certaines catégories de fonctionnaires d'autre part. S'agissant de la responsabilité pour violation des droits et libertés fondamentaux, la constitutionnalisation d'une telle inversion législative de la logique classique qui était celle de la common law aurait sans doute mérité davantage d'explications. En réalité, la Cour n'est à cet égard pas allée chercher plus loin que l'idée générale selon laquelle la Charte ne s'applique qu'à l'État, idée dont je dirai déjà, quitte à anticiper sur mon propos, que je la remettrai en cause en conclusion du présent texte.

En tout état de cause, le par. 24(1) de la Charte et la jurisprudence qui lui est relative accordent aux tribunaux une ample marge d'appréciation de la réparation « convenable et juste eu égard aux circonstances », si bien qu'à mon sens il demeurerait préférable, nonobstant l'arrêt *Buhay* qui me paraît mal fondé, de retenir que, aux fins de l'application de la Charte, toute fouille se

72. *Vancouver (Ville) c. Ward*, préc., note 12, par. 22. Dans cette affaire, l'action de policiers municipaux a, en vertu du par. 24(1) de la Charte, engagé la responsabilité de la Couronne provinciale en dommages-intérêts.

73. Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres, Macmillan, 1959, chap. XII.

veut l'exercice d'une fonction « gouvernementale » ou, plus largement, « étatique ».

5. Les « tribunaux »

Comme nous le savons, seuls les législateurs et gouvernements fédéraux et provinciaux sont visés par le par. 32(1) de la Charte. Voilà qui explique en partie que se soit posée la question étrange, ou du moins assurément contre-intuitive, à savoir si la Charte devait être reconnue « s'appliquer » aux tribunaux.

5.1. « Tribunal »?

La jurisprudence s'est montrée fort hésitante sur cette question, dont elle a du reste le plus souvent traité sans recourir à une notion claire de « tribunal ». Au Canada, il faut savoir distinguer les [1] cours de justice ou tribunaux judiciaires des [2] tribunaux administratifs. Parmi les premières, il faut encore distinguer entre les [1.1] cours de compétence supérieure, ou « cours supérieures » au sens large, et les [1.2] cours de compétence inférieure. Au sein des cours de compétence supérieure, on trouve : [1.1.1] les cours supérieures au sens étroit, qui possèdent une compétence de principe et dont certaines garanties d'indépendance sont protégées par les art. 96, 99 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; [1.1.2] les cours d'appel provinciales, dont la compétence est d'attribution, mais qui, pour être souvent issues d'un phénomène d'autonomisation par rapport aux cours supérieures au sens strict dont elles ne furent au départ que des comités *ad hoc*, relèvent elles aussi de ces dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*; [1.1.3] la Cour suprême du Canada, dont la compétence est d'attribution, qui a été créée par loi fédérale en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* – qui prévoit la création d'une « cour générale d'appel pour le Canada » – et dont la composition et les « caractéristiques essentielles » sont protégées par la procédure de modification constitutionnelle en vertu des al. 41*d*) et 42(1) *d*) de

la *Loi constitutionnelle de 1982*⁷⁴; de relativement nombreuses cours de justice créées, elles aussi, par loi fédérale en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* – qui prévoit aussi la création de « tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada » –, en l'occurrence les cours suivantes : [1.1.4] la Cour fédérale; la Cour d'appel fédérale; la Cour canadienne de l'impôt; la Cour d'appel de la Cour martiale du Canada; les cours supérieures (ou « suprêmes ») et d'appel des Territoires. Dans les systèmes de common law⁷⁵, un tribunal administratif est une juridiction spécialisée chargée de l'application d'une ou d'un nombre restreint de lois déterminées. Il s'agit donc d'un tribunal de compétence d'attribution très limitée, qui ne présente pas les mêmes garanties d'indépendance qu'une cour de justice et dont les juges ne possèdent généralement pas le pouvoir de punir pour outrage *ex facie*. La conformité à la common law, la légalité et la constitutionnalité des décisions de ces tribunaux sont contrôlées par les « cours supérieures » au sens large. Les cours de justice de niveau inférieur de compétence sont titulaires d'une compétence d'attribution plus large, possèdent souvent le pouvoir de punir pour outrage *ex facie*⁷⁶ et présentent des garanties plus élevées d'indépendance qui, à défaut d'être protégées par les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le sont par l'al. 11*d*) de la Charte – dans la mesure où elles détiennent une compétence pénale, cette disposition garantissant entre autres le droit de tout inculper à un tribunal indépendant et impartial – ainsi que par un principe « non écrit » d'indépendance

74. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21.

75. Car, dans la tradition européenne continentale, un tribunal administratif est une juridiction spécialisée dans le contrôle de légalité, notamment des décisions de ces juridictions que, au contraire, la tradition de common law appelle des « tribunaux administratifs ».

76. Voir notamment le jeu des articles 49 et 22 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, et 8 et 3 du *Code de procédure pénale*, RLRQ, c. C-25.1. Voir également l'art. 708 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Voir aussi, au sujet du Tribunal de la concurrence, l'arrêt *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394.

judiciaire⁷⁷. Il s'agit notamment des cours provinciales, des cours municipales et de certaines cours territoriales. Enfin, les juridictions titulaires de la compétence de contrôle de conformité au droit dont les effets, pour peu que la conclusion d'invalidité soit de nature déclaratoire, vaudront *erga omnes*, et non seulement *inter partes*, sont en définitive les cours supérieures au sens large⁷⁸. Il n'en demeure pas moins que, non seulement les cours

77. Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E., [1997] 3 R.C.S. 3.

78. Sur le principe selon lequel les seules cours de compétence supérieure sont titulaires d'une compétence de contrôle avec effets *erga omnes*, voir : *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des Relations de Travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, p.17, par f) : « Comme cela n'équivaut pas à une déclaration formelle d'invalidité, réparation que seules les cours supérieures peuvent accorder, l'affirmation de la Commission [des relations de travail de l'Ontario] à l'égard d'une question relative à la Charte ne constitue pas un précédent judiciaire impératif, mais elle se limite dans son application à l'affaire dont elle procède. » Voir aussi *Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Martin / Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, par. 31; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*; *Casimir c. Québec (Procureur général)*; *Zorrilla c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 16, par. 44 et 45. En ce qui concerne la compétence formelle de contrôle avec effets *erga omnes* des «cours fédérales» (au sens large), voir *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 4; *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. 1985, c. T-2, art. 3; *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 236. En ce qui concerne celle de certaines cours territoriales, voir *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28, art. 23(1)e et 31 (et *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.T.N.-O. (Nu) 1998, c. 34, art. 1 et 2); *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 2014, ch. 2, art.2, art. 18(1)k) (et *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-1, art. 2); *Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, c. 7, art. 18(1)k) (et *Loi sur la Cour suprême*, L.R.Y. 2002, c. 211, art. 2). En ce qui concerne celle de la Cour suprême du Canada et des cours d'appel provinciales, fédérale et territoriales, elle découle logiquement de leur compétence d'entendre des appels provenant de cours «supérieures» au sens large, bien que certains législateurs aient jugé utile de la prévoir expressément. Voir p. ex., *Loi sur la Cour d'appel*, C.P.L.M. c. C240, art. 2; *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, L.S. 2000, c. C-42.1, art. 3; *Court of Appeal Act*, R.S.A. 2000, c. C-30, art. 2; *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, c. 77, art. 2; *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 3, *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28, art. 23(1)e et 31 (et *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.T.N.-O. (Nu) 1998, c. 34 a. 1, art. 15); *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 2014,

de justice de niveau inférieur, mais aussi tout tribunal administratif investi par la loi de la compétence de trancher des questions de droit, a de ce fait compétence de contrôle constitutionnel avec effets *inter partes* seulement, et ce, que la compétence de trancher des questions de droit lui ait été attribuée expressément ou non, l'exception à cette compétence de contrôle étant plutôt la preuve que le législateur entendait exclure le contrôle constitutionnel en cause de la compétence du tribunal⁷⁹. En l'absence de dispositions à ce sujet dans la « loi suprême », le contrôle juridictionnel de constitutionnalité, en vertu de la Charte y compris, se fait donc de manière non spécialisée, mais décentralisée ou, en d'autres termes, intégrée à la répartition générale des compétences juridictionnelles au sein du système judiciaire et administratif canadien⁸⁰. Le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* fonde la compétence constitutionnelle *inter partes* de toute juridiction compétente pour trancher des questions de droit, même s'il s'agit d'un tribunal administratif, de manière à l'autoriser à ne pas appliquer une norme qu'elle tient pour contraire à la loi suprême. Quant à l'art. 24 de la Charte relatif aux mesures de redressement, il n'est pas attributif, mais réognitif de la compétence *de contrôle*, se contentant, en renvoyant au « tribunal compétent », de lui faire suivre la compétence *de redressement*⁸¹. La Cour a confirmé que toute juridiction compétente pour trancher des questions de droit peut aussi être un tribunal compétent pour accorder une réparation en vertu de l'art. 24 de la Charte, mais en précisant que pour ce faire elle doit être habilitée par ailleurs à accorder ce genre de

ch. 2, art.2, art. 18(1)k) (et *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-1, art. 15); *Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, c. 7, art. 18(1)k) (et *Loi sur la Cour d'appel*, L.R.Y. 2002, c. 47, art. 1).

79. *Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Martin / Nouvelle-Écosse (Worker's Compensation Board) c. Laseur*, préc., note 78, par. 3, 29 et 41; *R. c. Conway*, préc., note 12. Voir aussi, en matière de contrôle de conformité à la Partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982* relative aux droits spéciaux des peuples autochtones : *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43.

80. *R. c. Conway*, préc., note 12, par. 3.

81. *Id.*

réparation⁸². Ce ne sont donc pas que les tribunaux judiciaires, mais aussi les tribunaux administratifs qui peuvent être appelés à appliquer la Charte, si bien que la mesure dans laquelle il est question de ces derniers devrait normalement faire partie de cette équation à résoudre qu'est l'applicabilité aux tribunaux de cette partie de la loi suprême.

5.2. « Application »?

Puisqu'il revient aux tribunaux d'appliquer la Charte, il paraîtra curieux de se demander si la Charte s'applique aux tribunaux. Il est évident que la Charte « s'applique » aux tribunaux dès lors que ceux-ci la mettent en œuvre, car se faisant, ils doivent bien entendu la respecter. En ce sens précis, la jurisprudence n'a pas tardé à reconnaître que « [l]es tribunaux sont évidemment liés par la Charte comme ils le sont par toute autre règle de droit »⁸³. Aussi le « contrôle du contrôle » juridictionnel de conformité à la Charte doit-il normalement se faire, comme c'est le cas pour le travail des juges en général, au moyen d'une procédure d'appel ou de révision judiciaire, sauf plainte en déontologie judiciaire⁸⁴. Or, il faut se rappeler que le régime constitutionnel de responsabilité en vertu de l'art. 24 de la Charte ne doit pas être confondu avec le régime infraconstitutionnel. Outre la responsabilité individuelle de son auteur en vertu du droit infraconstitutionnel, l'acte fautif ayant causé préjudice à autrui qui a aussi été accompli en violation de la Charte est susceptible, en vertu du par. 24(1), d'engager la responsabilité de l'État en dommages-intérêts. L'état actuel du droit est incertain sur la relation entre la Charte et le régime

82. *Id.*, par. 82.

83. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 573, par. 36 (j. McIntyre, motifs majoritaires).

84. Voir en cette matière Pierre NOREAU et Emmanuelle BERNHEIM, *La déontologie judiciaire appliquée*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, ainsi que Emmanuelle BERNHEIM, « La déontologie judiciaire en ligne », Centre de recherche en droit public, Université de Montréal, en ligne : <<http://www.deontologie-judiciaire.umontreal.ca/>> (consulté le 11 septembre 2014).

d'immunités prévu par la loi et par la common law⁸⁵. Les juges des tribunaux judiciaires bénéficient normalement au Canada d'une immunité judiciaire civile absolue ou quasi absolue dans l'exercice de leurs fonctions⁸⁶. La loi accorde par ailleurs normalement aux juges administratifs une immunité judiciaire civile limitée aux actes accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions⁸⁷. Il est invraisemblable que la décision d'un tribunal administratif ou judiciaire puisse engager la responsabilité de l'État en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la Charte⁸⁸. Cela irait d'ailleurs à

85. Voir Kent W. ROACH, *Constitutional Remedies in Canada*, Toronto, Canada Law Book, 2011, loose-leaf, para. 11.330 à 11.546.

86. En ce qui concerne les juges des cours de compétence supérieure, l'immunité judiciaire civile absolue pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions provient de la *common law* : *Morier et Bolly c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716. S'agissant des juges des cours de justice de compétence inférieure, au Québec la *Loi sur les privilèges des magistrats*, RLRQ, c. P-24, art. 1, prend le soin de prévoir que « [n]ulle action ne peut être intentée contre un juge de la Cour du Québec, juge de paix ou officier remplissant des devoirs publics en raison d'un acte fait en vertu d'une disposition statutaire du Canada ou du Québec, pour le motif que cette disposition est inconstitutionnelle [al. 1] » et que, « [e]n outre, les juges visés à l'article 260 de la Loi sur les tribunaux judiciaires (chapitre T-16) jouissent de la même immunité que les juges de la Cour supérieure ». Il me semble cependant que l'immunité judiciaire civile des membres des tribunaux judiciaires doit être considérée couverte par le principe non écrit d'indépendance judiciaire ainsi que, en ce qui concerne les cours supérieures au sens strict et les cours d'appel provinciales, par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 30.

87. Au Québec, la *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, par exemple, prévoit, à son art. 74, que « [l]e Tribunal [administratif du Québec] et ses membres sont investis des pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37), sauf du pouvoir d'ordonner l'emprisonnement [al. 1] », qu'« ils ont en outre tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions; ils peuvent notamment rendre toutes ordonnances qu'ils estiment propres à sauvegarder les droits des parties [al. 2] » et qu'« [i]ls ne peuvent être poursuivis en justice en raison d'un acte accompli de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions [al. 3] ».

88. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 910 et 911 (j. L'Heureux-Dubé, motifs dissidents, mais non sur cette question sur laquelle ne s'est pas prononcée la majorité) : « En outre, si la *Charte* s'appliquait aux ordonnances judiciaires, les particuliers qui subissent un préjudice du fait d'une telle ordonnance pourraient alors, du moins

l'encontre du principe d'indépendance judiciaire, du moins dans sa dimension individualiste⁸⁹. Dans le cas d'une violation des droits qui coïnciderait avec la mauvaise foi avérée d'un juge administratif ou, s'agissant du membre d'un tribunal judiciaire, avec un comportement ayant fait l'objet d'une condamnation pénale, on se situerait hors champ de l'immunité judiciaire, mais il serait alors tout aussi improbable, notamment au vu de l'état actuel de la jurisprudence relative aux conditions d'applicabilité de la Charte, que la responsabilité de l'État soit engagée en vertu de son par. 24(1).

5.3. La catégorie de « litiges privés » comme critère

Dans un premier moment, à l'exception du fait que « les tribunaux sont évidemment liés par la Charte comme ils le sont par toute autre règle de droit » dès lors qu'il s'agit pour eux de l'appliquer, la réponse de la Cour à la question de l'applicabilité de la Charte aux tribunaux fut négative. Le raisonnement à la base de ce premier refus quasi catégorique de reconnaître la Charte applicable aux tribunaux est le suivant⁹⁰ : la Charte n'étant pas

en théorie, conformément au par. 24(1) de la *Charte*, demander une réparation, notamment sous forme de dommages-intérêts, contre le juge ayant initialement rendu l'ordonnance contestée. Un tel résultat est à mon avis inadmissible. »

89. *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, par. 57; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114. Voir aussi Martine VALOIS, *L'indépendance judiciaire : la justice entre droit et gouvernement*, Montréal, Éditions Thémis, 2011.

90. Outre la crainte de voir les tribunaux devenir responsables en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1), une justification supplémentaire a été proposée par la juge L'Heureux-Dubé, dissidente mais non contredite sur ce point dans l'affaire *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 88, 911 : « Enfin, appliquer la *Charte* aux ordonnances judiciaires pourrait entraîner des méandres sans fin de litiges où même les ordonnances définitives de la Cour suprême du Canada, le plus haut tribunal du pays et la cour de dernier ressort, pourraient être contestées en première instance sur le fondement de la *Charte*. Ce serait là une situation étrange et injustifiable, qui risquerait de paralyser notre système judiciaire en enlevant toute certitude à des jugements censés être définitifs. » Pour ma part, je ne vois pas en quoi l'application systématique de la Charte aux tribunaux devrait se traduire

porteuse d'obligations incombant aux personnes de droit privé, il faut éviter que cela ne soit finalement le cas par le truchement de son application systématique aux tribunaux, qui ont notamment pour fonction de trancher les litiges entre de telles personnes. Ainsi l'exclusion des tribunaux de l'énumération d'organes étatiques qui figure au par. 32(1) de la Charte s'expliquerait-elle? Un tel raisonnement, qui d'ailleurs pourrait tout aussi bien militer à l'encontre de l'application de la Charte à la loi, emprunte toutefois un raccourci pour passer de la sorte insensiblement de l'action des personnes de droit privé à la résolution judiciaire de leurs différends qui, elle, coïncide avec l'exercice d'une charge publique. La justice n'est-elle pas, en effet, avec la sécurité extérieure, la sécurité intérieure et la monnaie, l'une des quatre « fonctions régaliennes »? Dans un État de droit moderne au sein duquel il est indépendant non seulement de l'exécutif, mais aussi du législatif⁹¹, le pouvoir judiciaire n'en demeure pas moins l'un des trois grands pouvoirs de l'État. Au reste, s'il est vrai qu'au sein du système judiciaire canadien les tribunaux judiciaires agissent parfois en vertu de la common law, ces tribunaux sont créés par la loi⁹² ou, s'agissant des cours supérieures, leur existence et indépendance sont protégées par les art. 96, 99 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Leurs juges sont d'ailleurs nommés aux termes de la loi ordinaire ou, s'agissant des cours supérieures, conformément à ce même art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Quant aux tribunaux administratifs, non seulement leurs membres sont-ils nommés eux aussi en vertu de la loi ordinaire, mais encore ces juridictions détiennent-elles tous leurs pouvoirs de celle-ci. Partant, il devrait normalement être difficile de nier

par une inversion de la hiérarchie judiciaire ou autre épouvantail du genre.

91. Voir notamment les travaux de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle : « Conférence mondiale sur la Justice constitutionnelle », en ligne : <http://www.venice.coe.int/WCCJ/WCCJ_F.asp> (consulté le 11 septembre 2014).
92. Voir par exemple la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16. Voir aussi, dans le même sens, P. W. HOGG, préc., note 22, p. 37-21 et 37-22 : « The references in s. 32 to « Parliament » and « Legislature » could also be regarded as catching court action, because courts are established (or continued) by statute [...]. »

que, l'exercice de toute fonction juridictionnelle correspondant à celui d'un pouvoir prévu par la loi, la Charte s'y applique systématiquement en tant qu'elle s'applique au législateur. La Cour suprême en a pourtant décidé autrement. Ce résultat improbable fut d'abord, dès 1986, celui de l'affaire *Dolphin Delivery*⁹³, dans laquelle était en cause la constitutionnalité d'une injonction interlocutoire émise par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, confirmée par la Cour d'appel de cette province et intimant à un syndicat et à ses membres l'ordre de ne pas faire ou organiser le piquetage secondaire d'un établissement de l'entreprise exploitée par l'employeur ni se livrer à de telles activités « ailleurs dans la province de Colombie-Britannique ».

Cette injonction avait été émise en vertu de la common law qui tient pour une « faute » ou un « délit civil » (*tort*) le fait d'inciter à l'inexécution d'obligations contractuelles (*breach of contract*), en l'occurrence celles prévues à des contrats de travail. Sur la base de motifs particulièrement alambiqués dont il demeure aujourd'hui quelque peu ardu de dégager le *ratio*, les membres de la formation de la Cour qui a entendu l'affaire furent unanimes à conclure que la Charte ne s'appliquait pas à l'ordonnance d'injonction en cause. L'une des composantes du complexe motivationnel qui se situe à la base de cette conclusion précise est la thèse selon laquelle le par. 32(1) de la Charte exclut les tribunaux de son champ d'application :

Le paragraphe 32(1) mentionne le Parlement et le gouvernement du Canada ainsi que la législature et le gouvernement de chaque province en ce qui concerne tous les domaines qui relèvent de leurs compétences respectives. À cet égard, on peut constater que le Parlement et les législatures sont traités comme des branches de gouvernement séparées ou spécifiques, distinctes de l'exécutif, et que, par conséquent, le terme « gouvernement » utilisé à l'art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général – c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'état [*sic*] – mais plutôt une branche du gouvernement. Le terme

93. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, préc., note 83.

« gouvernement », qui suit les termes « Parlement » et « législature », doit alors, semble-t-il, désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement. C'est en ce sens qu'on parle en général du gouvernement du Canada ou d'une province. Je suis d'avis que le mot « gouvernement » utilisé à l'art. 32 de la *Charte* désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial⁹⁴.

En d'autres termes, de poursuivre le juge McIntyre – qui signe des motifs majoritaires dans leur ensemble, mais unanimement partagés sur ce point –, « [m]ême si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir [sic] les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, [on] ne [peut] assimiler, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale »⁹⁵. Bien que cela ait pu être précisé plus clairement dans les motifs qui nous occupent, l'exclusive ne semble bien frapper que les tribunaux judiciaires⁹⁶. Il importe par ailleurs de relever au passage comment cette interprétation du par. 32(1), et notamment du mot « gouvernement » qui y est employé, préfigure cette jurisprudence qui viendra distinguer deux principaux modes d'application de la *Charte*.

Un tel principe de non-applicabilité de la *Charte* aux tribunaux judiciaires pouvait impliquer celui de sa non-applicabilité à ce droit d'origine judiciaire qu'est la common law. Voilà qui risquait d'introduire une fâcheuse différence entre le Québec et les autres provinces, puisqu'au Québec le droit commun privé se trouve dans cette loi ordinaire provinciale que

94. *Id.*, par. 33 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question).

95. *Id.*, par. 36 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question).

96. *Id.*, par. 36 et 39 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question).

demeure formellement le Code civil du Québec⁹⁷. Dissident dans *R. c. Therens* l'année avant celle où fut rendu l'arrêt *Dolphin Delivery*, le juge Le Dain avait au passage suggéré que la restriction d'un droit ou d'une liberté au sens de l'article premier de la Charte pouvait « aussi résulter de l'application d'une règle de *common law* »⁹⁸. Quel sens y aurait-il à dire qu'une règle de *common law* peut, à certaines conditions dégagées de l'interprétation de l'article premier de la Charte, restreindre valablement les droits et libertés protégés par celle-ci si, par nature, une telle règle n'y était pas assujettie? Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, et d'une manière qui peut sembler jurer avec sa thèse selon laquelle elle ne s'applique pas aux tribunaux, le juge McIntyre se dit en arriver à la conclusion selon laquelle la Charte s'applique en principe à la *common law*. Nous verrons pourtant qu'il ne s'agit que d'une apparence. S'appuyant sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* – en insistant surtout sur sa version française où il est question de « toute autre règle de droit » plutôt que de « *any law* » –, ce juge en est aisément venu à la conclusion que « [a]dopter une interprétation [...] qui soustrairait à l'application de la Charte l'ensemble de la *common law* qui régit dans une large mesure les droits et les obligations des individus dans la société, [sic] serait totalement irréaliste et contraire aux termes clairs utilisés dans ce paragraphe »⁹⁹. Le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est une disposition d'ordre très général qui confirme le principe selon lequel la « loi suprême », autrement dit le droit constitutionnel formel, conditionne la

97. *Code civil du Québec*, disposition préliminaire :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.

98. *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, par. 60 (j. Le Dain, dissident).

99. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, préc., note 83, par. 25.

validité des autres normes juridiques¹⁰⁰. Cette disposition confirme le constitutionnalisme, non seulement juridique, mais aussi judiciaire, c'est-à-dire la justice constitutionnelle, en l'occurrence une justice constitutionnelle non spécialisée, mais décentralisée ou intégrée. Le par. 52(2) confirme clairement que la Loi constitutionnelle de 1982 n'est qu'une partie de la loi suprême du Canada. Quant à la Charte canadienne des droits et libertés, elle est, comme je le rappelais en introduction du présent texte, une partie, en l'occurrence la partie I, de cette partie de la loi suprême qu'est la Loi constitutionnelle de 1982. Étant d'ordre plus particulier, le par. 32(1) de la Charte, dans la seule éventualité où il devrait effectivement être interprété comme une disposition restrictive, pourrait très bien venir ajouter ou enlever à ce qui est prévu généralement au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On peut regretter que, à tout prendre, la jurisprudence de la Cour n'élucide pas la relation entre ces deux dispositions. Toujours est-il que, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, le juge McIntyre n'a pas tardé à faire intervenir le par. 32(1) de la Charte afin de, au mieux, nuancer son affirmation selon laquelle la Charte s'applique à la common law, au pis, voire en réalité, en révéler l'inanité :

J'estime donc que l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative. Elle leur est applicable, peu importe que leurs actes soient en cause dans des litiges publics ou privés. Il semblerait que ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis. Les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement se fondent généralement sur une loi, c'est-à-dire sur un texte législatif. Toutefois, ces actes peuvent aussi se fonder sur la *common law* comme dans le cas de la prérogative. Dans la mesure où ils se fondent sur un texte législatif qui constitue ou entraîne une atteinte à une liberté ou à un droit garantis, la *Charte* s'applique et ils

100. Voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 4, par. 52.

sont inconstitutionnels. Ces actes sont également inconstitutionnels dans la mesure où ils sont autorisés ou justifiés par une règle de *common law* qui constitue ou engendre une atteinte à une liberté ou à un droit garantis par la *Charte*. C'est ainsi que la *Charte* s'applique à la *common law* tant dans les litiges publics que dans les litiges privés. Cependant, elle ne s'applique à la *common law* que dans la mesure où la *common law* constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis¹⁰¹.

La reconstruction la plus généreuse de l'extrait qui précède exige d'en sacrifier une partie. L'applicabilité de principe de la *Charte* à la *common law* en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne fait ici que semer la confusion. Ce qui est déterminant, c'est plutôt l'interprétation donnée au par. 32(1), et donc la notion d'acteurs visés, de préférence à celle de « règle de droit ». Le raisonnement du juge McIntyre ne peut être que le suivant. Les tribunaux n'étant pas des acteurs visés au par. 32(1) de la *Charte*, celle-ci ne peut s'appliquer à leur action qu'indirectement. Cela peut se produire de deux manières. La première voit un tribunal judiciaire se fonder sur la loi ou un règlement d'application de celle-ci, la *Charte* s'appliquant alors nonobstant la nature publique ou privée du litige. La seconde voit un tel tribunal se fonder sur la *common law*, mais seulement si c'est dans le cadre de la résolution d'un litige public. Encore une fois, il faut souligner comment le raisonnement du juge McIntyre présage une jurisprudence qui viendra articuler deux principaux modes d'application de la *Charte*. Toutefois, dans son contexte, l'affirmation du juge McIntyre selon laquelle « [c]'est ainsi que la *Charte* s'applique à la *common law* tant dans les litiges publics que dans les litiges privés » demeure incompréhensible¹⁰².

101. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, préc., note 83, par. 34 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question).

102. C'est d'ailleurs ce qui semble être l'avis de P. W. HOGG, préc., note 22, p. 37-23 : « *Does the Charter apply to the common law? This question is closely related to the question whether the Charter applies to the courts, since the courts « make » the common law. It is not surprising, therefore, that in the Dolphin Delivery case (1986) the Supreme Court of Canada*

Rappelons au surplus que la suggestion voulant que « ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis » a été démentie par le jeu de certains arrêts relatifs au privilège parlementaire¹⁰³. J'ai dit plus haut que le souci à la base de la thèse de la non-applicabilité de la Charte aux tribunaux était d'éviter que celle-ci ne soit finalement porteuse d'obligations incombant aux personnes de droit privé par le truchement de son application systématique aux tribunaux, qui ont entre autres fonctions de trancher les litiges entre de telles personnes. Voilà qui se donne à voir clairement dans les passages suivants des motifs qui nous occupent :

Ce n'est pas pour dire que les tribunaux ne sont pas liés par la *Charte*. Les tribunaux sont évidemment liés par la *Charte* comme ils le sont par toute autre règle de droit. Il leur incombe d'appliquer les règles de droit, mais, ce faisant, ils sont des arbitres neutres et non des parties opposées dans un litige. Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte* à pratiquement tous les litiges privés. Toute affaire doit se terminer, si elle est menée à terme, par une ordonnance d'exécution et si la *Charte* empêche de rendre une telle ordonnance dans le cas où il y aurait atteinte à un droit qu'elle garantit, tous les litiges privés seraient alors, semble-t-il, assujettis à la *Charte*¹⁰⁴. [...]

[L]orsque "A", une partie privée, actionne "B", une partie privée, en s'appuyant sur la *common law* et qu'aucun acte

answered the question no: the Charter does not apply to the common law, or at least those rules of the common law that regulate relationships between private parties. »

103. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30.

104. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, préc., note 83, par. 36 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question).

du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la *Charte* ne s'appliquera pas¹⁰⁵.

Or, j'ai également dit combien un tel raisonnement était spécieux, notamment parce qu'il serait opposable à l'application de la Charte à la loi, acte par excellence de cet acteur visé à son par. 32(1) qu'est le législateur. Dans ce qui reste des motifs du juge McIntyre, rien ne me semble permettre de répondre à mes objections, et nous verrons comment la jurisprudence ultérieure de la Cour tend à me donner raison. Enfin, outre son distillat d'une valeur discutable, l'alambic de l'arrêt *Dolphin Delivery* génère des résidus nocifs en ce qu'il ne tient aucun compte du fait que, au Québec, le droit commun privé se trouve dans le Code civil, non pas dans la common law.

5.4. L'éclatement immédiat du critère

Certains arrêts tendent à confirmer le principe de l'arrêt *Dolphin Delivery* selon lequel ce n'est finalement qu'à ces décisions judiciaires qui se fondent sur la common law dans le cadre d'un litige privé que la Charte ne s'« appliquera » pas – indirectement bien sûr puisqu'il ne saurait être question de son application directe aux tribunaux [1]. D'autres militent plutôt dans le sens d'un élargissement de cette « non-applicabilité » (même indirecte) de la Charte à tout litige privé, que le tribunal se fonde sur la common law ou la loi [2]. À la fois pris dans leur ensemble et combinés à ces derniers, d'autres arrêts encore, rapportés à certains motifs minoritaires, laissent entendre que, dans certains cas, l'existence d'un litige n'importe pas davantage que sa nature publique ou privée ni que la nature législative ou de common law de la norme juridique sur laquelle se fonde la décision du tribunal, mais plutôt la nature des droits ou intérêts que la mesure judiciaire précise en cause entend protéger, et ce de manière à dégager un mode direct d'applicabilité de la Charte aux tribunaux [3]. Nous verrons aussi que certains motifs minoritaires suggèrent

105. *Id.*, par. 39 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question).

que la Charte devrait s'appliquer directement aux tribunaux en toute matière pénale, même dans le cadre d'une procédure privée, s'agissant par exemple de la procédure pour outrage prévue au Code de procédure civile, suggestion qui, indépendamment du par. 32(1), semble se fonder sur la nature des droits en cause [4]. Il est parfois impossible de savoir avec certitude à quelle catégorie appartient un arrêt donné. En résulte à mon sens la preuve du fait que toute tentative jurisprudentielle de construire sur le soubassement des distinctions opérées à cet égard dans l'arrêt *Dolphin Delivery* est vouée à la ruine. Heureusement, certains motifs épars forment le germe d'un virtuel principe d'application directe et systématique de la Charte à toute décision judiciaire de même qu'à ce droit de source exclusivement jurisprudentielle qu'est la common law [5].

Dans *Tremblay c. Daigle*, la Charte était invoquée dans un litige privé à l'appui de la demande d'une injonction qui, sur le plan substantiel (par opposition au plan procédural), se serait fondée, non pas sur la loi ou la common law, mais sur la Charte elle-même. La Cour fut plutôt d'avis que la Charte ne pouvait s'appliquer parce que, entre autres raisons, il s'agissait en l'espèce « d'une action civile entre deux particuliers »¹⁰⁶. Voilà qui situe cet arrêt dans notre deuxième catégorie.

Techniquement, ce qui était en cause dans l'affaire *Young c. Young* était des dispositions de la Loi sur le divorce relatives à l'ordonnance de garde d'enfant¹⁰⁷. Il semble donc clair que, invoquée, la Charte trouvait application. Voilà pourquoi il est surprenant que, confondant le contrôle de la loi avec celui de sa mise en œuvre judiciaire, cette question ait été débattue. Ce sont plus précisément quatre juges sur sept qui se sont véritablement prononcés sur ce point¹⁰⁸. Sur ces quatre, un seul, en l'occurrence

106. *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530 (motifs unanime de « la Cour »; version électronique publiée par Lexum non paginée).

107. *Young c. Young*, préc., note 18.

108. La juge McLachlin, par exemple, a plutôt « présumé » que la Charte s'appliquait à la demande d'une telle ordonnance tout en apportant la précision suivante : « Étant donné la conclusion à laquelle j'arrive plus

le juge Sopinka, considérait que la Charte s'appliquait à l'ordonnance qui finit par être en cause; les trois autres, soit les juges L'Heureux-Dubé, La Forest et Gonthier, exprimaient l'avis contraire. Cela devait mettre non seulement le Code civil, mais la loi en général dans cette même position que la common law qui fait que, dès lors qu'il s'agit d'un litige privé, la décision judiciaire qui y prend appui se dérobe à l'application de la Charte. En même temps que cette affaire fut tranchée, celle de *P. (D.) c. S. (C.)*, où était en cause une ordonnance de garde d'enfant, fut rendue en vertu du Code civil¹⁰⁹. À l'exception du juge Sopinka dont les motifs dissidents renvoyaient eux aussi à ceux qu'il avait signés dans *Young c. Young*, tous les membres de la formation qui avaient entendu l'affaire ont partagé la conclusion des motifs majoritaires de la juge L'Heureux-Dubé suivante :

Comme je l'ai exposé dans l'arrêt *Young*, précité, la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés entre parents dans un contexte familial. La *Charte* ne peut, non plus, viser des ordonnances judiciaires émises afin de résoudre des litiges de nature privée (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, et *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530). En outre, il ne s'agit pas ici d'une situation similaire à celle d'un arbitre nommé en vertu d'une loi et en tirant tous ses pouvoirs, comme dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Nous sommes en présence du pouvoir judiciaire, une branche distincte du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*. En conséquence, la *Charte* ne s'appliquera pas ici à l'ordonnance d'un tribunal en matière familiale. Certaines exceptions à cette règle, dont je fais état dans *Young*, ne sont pas ici applicables¹¹⁰.

loin que des ordonnances valides au regard du critère de «l'intérêt de l'enfant» ne peuvent violer la *Charte*, il n'y a pas lieu de décider si celle-ci s'applique à une demande de droit d'accès présentée en vertu de la *Loi sur le divorce*.» (*Id.*, j. McLachlin, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée.)

109. *P. (D.) c. S. (C.)*, préc., note 19.

110. *Id.* (j. L'Heureux-Dubé, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

Ces deux arrêts appartiennent donc eux aussi à notre deuxième catégorie.

Plus tôt, dans l'affaire *BCGEU*, la Charte avait été reconnue s'appliquer pour ainsi dire directement – et non grâce à l'intervention d'un des acteurs qui ont jusqu'ici été tenus pour visés au par. 32(1) – à la décision d'un tribunal judiciaire dès lors que celui-ci agissait de son propre chef et dans l'intérêt public plutôt que dans celui d'une partie à un litige privé¹¹¹. Il s'agissait en l'espèce d'une injonction émise de sa propre initiative, *ex parte* et sur la base de la common law, par le juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique à l'encontre du piquetage du palais de justice. Voici l'extrait pertinent à notre question des motifs majoritaires du juge en chef Dickson :

Il faut tout d'abord déterminer si l'ordonnance rendue par le juge en chef McEachern peut ou non faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*. L'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, établit que la *Charte* s'applique effectivement à la *common law*, sauf lorsque la *common law* est invoquée relativement à un différend purement privé. Ce qui est présentement en cause est la validité d'une violation du droit criminel selon la *common law* [*sic*] et, en dernière analyse, le pouvoir d'une cour de sanctionner ce type de violation. La cour agit à ce moment-là de sa propre initiative et non pas à la requête d'un particulier. Elle le fait pour des motifs de caractère entièrement "public" plutôt que "privé"¹¹².

Non seulement la décision judiciaire en cause se fondait-elle sur la common law – en l'occurrence la compétence inhérente des cours supérieures qui leur permet de punir ou d'autrement remédier *ex parte* à l'outrage criminel *in facie* –, mais encore ne pouvait-il y avoir davantage de litiges « publics » – au sens où le gouvernement ou l'un de ses « mandataires » y serait partie – que

111. *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214.

112. *Id.*, par. 56.

de litige tout court? Ce n'est donc pas à la faveur de l'intervention du législateur ou d'un acteur gouvernemental que la Charte a pu ici trouver application au tribunal, mais d'elle-même, pour ainsi dire, le fait que les tribunaux ne soient pas visés à son par. 32(1) n'important plus. La synthèse suivante semble autorisée : la Charte s'applique, directement ou indirectement, suivant qu'ils agissent de leur propre chef dans l'intérêt public ou autrement, aux tribunaux judiciaires, sauf lorsqu'ils se fondent sur la common law pour trancher un litige privé ou, plus généralement comme le suggéreront les affaires *Young* et *P.(D.) c. S. (C.)*, dès lors qu'ils disposent d'un tel litige, indépendamment des sources qu'ils mobilisent. Voilà qui commence à être sans doute un peu trop compliqué. Par la reconnaissance de ce nouveau cas d'application de la Charte aux tribunaux qui invite à se pencher sur la finalité de la décision plutôt que sur la nature publique ou privée des parties à l'éventuel litige, l'arrêt *BCGEU* paraît faire le lit de notre troisième catégorie d'arrêts. Mais, à mon sens, sa véritable contribution consiste plus simplement à concevoir pour une première fois que la Charte puisse s'appliquer directement aux tribunaux judiciaires, conception qui se veut une condition de possibilité de notre cinquième catégorie.

En 1991, l'arrêt *Swain* reconnaissait la Charte elle-même, et non ses seules « valeurs », applicable à une règle de common law en raison de la nature publique du « litige »¹¹³. Auteur de motifs majoritaires dans cette affaire, le juge en chef Lamer y a écrit ce qui suit : « Il convient de souligner que notre Cour a indiqué dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, aux pp. 592 et 593, que, dans les cas où la *Charte* s'applique de manière générale au litige en cause (au sens de l'art. 32), elle s'applique aux règles de la common law aussi bien qu'aux lois et aux règlements¹¹⁴. » Cette conclusion était unanimement partagée. Le juge en chef était cependant d'avis que, « puisque le présent pourvoi comporte une contestation fondée sur la *Charte* d'une règle de common law, formulée par les tribunaux, l'analyse

113. *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

114. *Id.* (j. en chef Lamer, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

de la *Charte* fait intervenir des considérations différentes de celles qui s'appliquent à la contestation d'une disposition législative »¹¹⁵. En fait, nonobstant l'emploi de l'expression « par exemple », une telle application différenciée de la *Charte* à la common law ne devait se rapporter qu'à son article premier : « Par exemple, la cour ayant conclu que la règle de common law actuelle restreint les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé, il n'est peut-être pas strictement nécessaire d'examiner la pertinence de l'application de l'article premier¹¹⁶. » On peinerait à trouver formulation plus hésitante. Le raisonnement du juge en chef à cet égard était au fond le suivant. La règle de common law ayant « été créée par des juges et non par le législateur, l'égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes [sic] élus n'est pas en cause », si bien que, lorsqu'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu'elle ne restreigne plus le droit ou la liberté constitutionnels en cause, le tribunal doit ce faire. Voilà qui implique que, « s'il n'était pas possible de reformuler la règle de common law de sorte qu'il n'y ait pas violation d'une liberté ou d'un droit protégé par la Constitution, la Cour devrait alors déterminer si la règle de common law peut être maintenue parce qu'elle constitue une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte* »¹¹⁷. Bien qu'ils me paraissent des plus difficiles à comprendre, les motifs concordants du juge Gonthier partageaient vraisemblablement ce dernier jeu de principe et d'exception. Signataire elle aussi de motifs concordants, la juge Wilson était plutôt d'avis que l'article premier s'appliquait normalement avec la *Charte* dont il fait partie à la règle de common law en cause. Quant à la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, elle exprimait pour sa part l'opinion selon laquelle « [l]a règle de common law ne contrevenant pas à l'art. 7, point n'est

115. *Id.* (j. en chef Lamer, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

116. *Id.* (j. en chef Lamer, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

117. *Id.* (j. en chef Lamer, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

besoin de procéder à une analyse en vertu de l'article premier »¹¹⁸. Ici, la Charte a été tenue s'appliquer indirectement aux règles de common law en cause de la même manière qu'elle s'applique indirectement aux décisions judiciaires, c'est-à-dire en raison de la nature publique du litige. Voilà qui permet de ranger ces motifs dans notre première catégorie. On peut en dire autant de l'affaire *Daviault* où, de la même manière et citant l'arrêt *Swain*, la Cour a revu la règle de common law relative à la défense d'intoxication¹¹⁹.

Dans l'affaire des *United Nurses of Alberta* de 1992 paraissait être en cause la condamnation d'un syndicat pour outrage criminel au tribunal, condamnation qui avait été prononcée en vertu de la common law pour cause de grève contraire à des directives qui avaient été préalablement déposées au greffe de la cour supérieure pour valoir comme ordonnance de celle-ci¹²⁰. Si je dis « paraissait », c'est que, au regard de la Charte, la majorité s'est surtout penchée, non pas sur la condamnation particulière de l'espèce, mais sur les règles de common law en vertu desquelles cette condamnation avait été prononcée. Encore là, ce que dit la majorité à ce sujet ressemble plutôt à cette forme de *dictum* qu'est l'hypothèse superfétatoire. L'extrait pertinent des motifs majoritaires de la juge McLachlin se lit en effet comme suit :

À supposer, aux fins du présent pourvoi, que la *Charte* s'applique (voir les observations du juge en chef Dickson dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, aux pp. 243 et 244), l'unique question est de savoir si cette atteinte est portée en conformité avec les principes de justice fondamentale¹²¹.

118. *Id.* (j. L'Heureux-Dubé, motifs dissidents; version électronique publiée par Lexum non paginée).

119. *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, 93 et 94.

120. *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901.

121. *Id.* (j. McLachlin, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

La référence à l'arrêt *BCGEU* fait de cette hypothèse celle d'une application en l'espèce directe de la Charte à la common law relative à l'outrage criminel au tribunal ainsi qu'à la décision judiciaire d'application de celle-ci. Cette référence, en l'occurrence non explicitée, me porte à ranger ce *dictum* dans notre troisième catégorie, quoique sur le plan fonctionnel il puisse tout aussi bien appartenir à la quatrième. Le par. 32(1) de la Charte ne figure pas parmi les dispositions citées dans ce jugement.

Dans l'affaire *Vidéotron*, la Charte était invoquée à l'encontre d'une citation à la barre des témoins de la part d'une personne de droit privé par ailleurs partie à un litige en responsabilité civile avec la personne citée¹²². Ce litige avait été judiciairement résolu par l'émission d'une injonction permanente, mais, alléguant un défaut de la part des défendeurs de se plier à cette injonction, les demanderesses avaient entamé une procédure d'outrage *ex facie*. C'est au cours de cette procédure qu'est intervenue la citation à la barre. La procédure pour outrage comme celle du litige principal étaient toutes deux régies par le Code de procédure civile du Québec.

Bien que la « contraignabilité » à témoigner y fût la règle générale, ce Code ne prévoyait à l'époque rien de particulier à ce sujet en relation avec la procédure pour outrage, qui peut mener à une peine d'amende ou d'emprisonnement. Voilà donc comment le droit, garanti à l'al. 11c) de la Charte, de tout inculpé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même a pu être invoqué à la base d'une objection. Celle-ci avait été accueillie par la Cour supérieure, puis confirmée par la Cour d'appel. Elle le fut aussi par la Cour suprême, dont les motifs ne font cependant aucune mention du par. 32(1) de la Charte. L'affaire fut entendue par une formation de cinq juges, dont un n'a pas pris part au jugement. Les motifs de l'arrêt se composent de trois ensembles : les motifs majoritaires du juge Gonthier auxquels souscrit le juge La Forest, les motifs concordants du juge en chef Lamer et les motifs dissidents de la juge L'Heureux-Dubé. Seul le juge en chef s'étant

122. *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065.

réellement prononcé sur la question de l'application de la Charte constitutionnelle, l'affaire n'a pas été tranchée sur la base de l'al. 11c) de celle-ci. Le juge Gonthier fonde véritablement sa décision sur la « spécificité de l'outrage au tribunal en droit québécois », qu'il dégage notamment de l'économie des dispositions du Code de procédure civile, ainsi que sur la Charte québécoise¹²³, n'ayant qu'en *dictum* ce mot sibyllin au sujet de la Charte constitutionnelle : « La non-contrainnabilité de l'intimé s'inscrit également dans la foulée de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protège le droit à la non-incrimination¹²⁴. » Quant à la juge L'Heureux-Dubé, elle prend le soin dans ses motifs dissidents de préciser qu'elle ne se prononce pas « sur les motifs de la Cour d'appel à ce sujet [de l'application de la Charte constitutionnelle], ni sur la question de l'application au droit privé québécois des critères développés par [la] Cour dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.* »¹²⁵ Et même si les motifs concordants du juge en chef Lamer contiennent la conclusion selon laquelle la Charte constitutionnelle s'applique, c'est sans référence aucune à son par. 32(1) ou à la jurisprudence qui y est relative, le juge en chef se contentant d'affirmer que la nature pénale de l'outrage prévu au Code de procédure civile fait de celui qui en fait l'objet un « inculpé » au sens de l'art. 11 de cette Charte. Ici, la contestation en vertu de la Charte se rapportait à une citation à témoigner, non pas de la part du tribunal agissant de son propre chef dans l'intérêt public, mais de celle d'une partie à un litige. Ce litige était d'ailleurs privé. Enfin, la décision du tribunal de faire droit ou non à l'objection à cette citation se fondait, tant au plan formel que matériel, sur la loi, et non sur la common law. Il serait donc à la rigueur possible de reconstruire charitablement les motifs concordants du juge en chef Lamer en les justifiant par le fait

123. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 10, art. 33.1 : « Nul accusé ne peut être contraint de témoigner contre lui-même lors de son procès. »

124. *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, préc., note 122 (j. Gonthier, motifs majoritaires; version électronique publiée par Lexum non paginée).

125. *Id.* (j. L'Heureux-Dubé, motifs dissidents; version électronique publiée par Lexum non paginée).

qu'ici la Charte trouvait application à la décision du tribunal en tant qu'elle s'applique au législateur. Il est pourtant évident que c'est la nature à son avis pénale de la procédure pour outrage prévue au Code de procédure civile qui fut pour lui déterminante. Est-ce donc à dire que la Charte s'applique directement à tout tribunal saisi d'une procédure pénale? Est-ce plutôt qu'elle s'applique à toute décision judiciaire prise dans l'intérêt public, même si c'est à la demande d'une partie privée plutôt que de l'initiative du tribunal? Allez savoir! Les motifs du juge en chef Lamer pourraient ainsi relever d'une version élargie de notre troisième catégorie tout aussi bien que de la première. Mais, en réalité, le juge en chef Lamer ne fait que contraindre son lecteur à conclure que selon lui la Charte devrait s'appliquer directement aux tribunaux dans le cours de toute procédure pénale. Voilà qui, s'il était ici question de motifs majoritaires, ferait peut-être, de cet élargissement de la troisième, une quatrième catégorie.

Dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, la Charte était invoquée à l'encontre d'une injonction de ne pas publier émise en vertu de la common law à l'endroit de la SRC, qui n'est pas mandataire de la Couronne, à la demande de personnes physiques de droit privé qui faisaient par ailleurs l'objet d'un procès de droit criminel avec jury¹²⁶. L'ordonnance en cause avait justement pour but de préserver l'intégrité de ce procès en prévenant toute influence induue sur les jurés. C'est une minorité de trois juges sur neuf qui se sont véritablement prononcés sur la question de l'applicabilité de la Charte à cette ordonnance. Les cinq juges majoritaires, dont les motifs furent rédigés par le juge en chef Lamer, ont préféré prendre appui sur le *dictum* du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery* selon lequel, à défaut de pouvoir y appliquer la Charte, les tribunaux judiciaires peuvent « développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution »¹²⁷. Nous

126. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 88.

127. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, préc., note 83, par. 39 (j. McIntyre, motifs majoritaires, mais unanimes sur cette question), cité dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 88, 878 (j. en chef Lamer, motifs majoritaires).

reviendrons sous peu sur la trajectoire jurisprudentielle de ce fameux *dictum*. Ce qu'il importe de retenir pour le moment, c'est que, les juges majoritaires dans l'affaire *Dagenais* ayant ainsi entrepris de « reformuler la règle de common law en matière d'ordonnance de non-publication de manière à la rendre compatible avec les principes de la *Charte* »¹²⁸, ils n'avaient apparemment « donc pas à trancher ici la question de l'application de la Charte aux ordonnances de non-publication rendues par les juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, en particulier, et aux ordonnances judiciaires en général »¹²⁹. Bien qu'ils n'y aient pas répondu, les juges majoritaires ont donc formulé la question de l'application de la Charte de manière à suggérer que des réponses relevant, non seulement de nos première et deuxième, mais aussi de notre cinquième catégorie demeuraient théoriquement possibles. Dissident en partie, le juge Gonthier ne paraît pas s'être davantage prononcé sur la question de l'application de la Charte à l'ordonnance en cause, s'étant plutôt limité à cet égard à convenir avec la majorité de ce que ce texte constitutionnel « doit inspirer et régir la détermination des droits de l'accusé en matière criminelle »¹³⁰, autrement dit à faire porter son analyse sur la conformité de la règle de common law qui était à la base de l'ordonnance en cause aux seules « valeurs » de la Charte plutôt qu'à la Charte elle-même. Le juge Gonthier a voulu ainsi préciser que, « [b]ien qu'elle ne modifie pas directement le critère de common law, l'application de la *Charte* à l'examen d'une interdiction de publication ou de diffusion modifie dans une certaine mesure la structure de l'analyse »¹³¹. Dissidente elle

128. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 88, 878 (j. en chef Lamer, motifs majoritaires).

129. *Id.*, 867-868 (j. en chef Lamer, motifs majoritaires).

130. *Id.*, 918 (j. Gonthier, motifs dissidents).

131. *Id.*, 922 (j. Gonthier, motifs dissidents). Le juge Gonthier divergeait notamment d'opinion avec le juge en chef Lamer en étant (étrangement) d'avis que la règle de common law en cause relative aux interdictions de publication dans le cadre d'un procès pénal devait recevoir un contenu équivalent à celui de l'article premier de la Charte. Il s'agissait en d'autres termes de rendre « applicables » à une décision judiciaire les conditions auxquelles la restriction à un droit ou liberté de la Charte

aussi, la juge L'Heureux-Dubé prenait cependant le soin de se prononcer subsidiairement¹³², en l'occurrence défavorablement, sur la question de l'application de la Charte aux décisions des tribunaux¹³³ avant d'adhérer pour le reste aux motifs du juge Gonthier relativement à son application indirecte, par le truchement de l'influence que les « valeurs » de la Charte doivent avoir sur l'élaboration et l'application de la common law¹³⁴. Auteur de motifs concordants, la juge McLachlin était pour sa part d'avis que la Charte s'appliquait à l'ordonnance en cause, avis qu'elle formulait dans les termes suivants :

Pour les fins de l'espèce, il suffit de dire que les arrêts *Rahey* et *B.C.G.E.U.*, précités, circonscrivent une sphère à l'intérieur de laquelle les ordonnances judiciaires seront assujetties à un examen fondé sur la *Charte*. Les ordonnances judiciaires en matière criminelle qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte* ou à la capacité de les faire exécuter sont elles-mêmes assujetties à l'application de la *Charte*. C'est là le minimum requis si

peut être tenue pour justifiée, alors, non seulement que la Charte ne s'applique apparemment pas mais seulement ses « valeurs », mais aussi que la première de ces conditions est que la restriction en cause prenne la forme d'une règle de droit. Ainsi écrivait-il, en p. 920, que « [p]our déterminer le juste équilibre entre le droit à un procès équitable et la liberté d'expression, on aura recours à l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte* ». Le juste équilibre en cause n'est pas celui de la règle de common law, mais de son application. Récemment, l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, est venu rétablir le principe selon lequel n'est une « règle de droit » au sens de l'article premier de la Charte qu'une norme législative ou réglementaire de portée générale.

132. Car elle concluait à l'incompétence de la Cour suprême aussi bien que de la Cour d'appel d'entendre le pourvoi.

133. *Dagenais c. Société Radio-Canada*, préc., note 88, 908 (j. L'Heureux-Dubé, motifs dissidents) : « Le juge McLachlin fait valoir dans ses motifs, apparemment avec l'appui du juge La Forest, que la *Charte* s'applique à l'ordonnance de non-publication ici contestée. À mon avis, elle ne s'y applique pas. »

134. *Id.*, 914 (j. L'Heureux-Dubé, motifs dissidents) : « Plus précisément, eus-je conclu à la compétence de notre Cour pour entendre le pourvoi, j'aurais souscrit entièrement aux motifs de mon collègue le juge Gonthier et j'aurais tranché le pourvoi comme il le fait. »

l'on souhaite que les droits garantis par la *Charte* aient un sens. [¶] La présente affaire entre dans cette catégorie¹³⁵.

Nous nous pencherons plus tard sur l'arrêt *Rahey* qui, malheureusement, n'a pas encore fait jurisprudence. Limitons-nous pour le moment à relever comment une telle relecture de l'arrêt *BCGEU* rappelle surtout les motifs concordants du juge en chef Lamer dans l'affaire *Vidéotron*, motifs dont j'ai dit que je voyais un élargissement de la troisième catégorie qui pourrait tout aussi bien être interprété comme la différenciation d'une quatrième. Mais si ces motifs de la juge McLachlin devaient ainsi se ranger dans cette quatrième catégorie, ce serait néanmoins d'une manière sensiblement différente de ceux du juge en chef Lamer dans *Vidéotron*, où la nature de la mesure en cause avait été appréciée indépendamment de celle de la procédure dont elle était l'accessoire. On pourrait encore interpréter cet extrait des motifs de la juge McLachlin comme s'expliquant par la nature généralement publique d'un procès pénal, ce qui le rattacherait à notre deuxième catégorie. Notons au passage que la juge McLachlin exprimait ici d'autre part l'avis selon lequel « [l]a question de savoir quelles ordonnances judiciaires entraînent l'application de la *Charte* est générale, et est mieux résolue au cas par cas »¹³⁶. Quant au juge La Forest, dissident, il prétend néanmoins, sur cette question qui nous occupe, renvoyer largement aux motifs de la juge McLachlin¹³⁷. L'extrait déterminant de ses motifs sur ce point est le suivant :

En l'espèce, [l'ordonnance en cause] ne découle pas du fait qu'un particulier invoque la loi. Elle est un sous-produit, lequel en l'espèce se répercute à l'extérieur du processus

135. *Id.*, 944-945 (j. McLachlin, motifs concordants).

136. *Id.*, 944 (j. McLachlin, motifs concordants).

137. *Id.*, 893 (j. La Forest, motifs dissidents) : « J'estime que les commentaires du juge McLachlin sur cette question sont particulièrement utiles. »

criminel, de procédures entamées au criminel par le ministère public¹³⁸.

Voilà qui situe ses motifs dans notre quatrième catégorie, dont j'ai dit qu'elle pouvait aussi être conçue comme une extension de la troisième. La présence des termes « par le ministère public » autorise cependant à penser que c'est la nature publique de ce « litige » pénal, plutôt que celle des droits ou intérêts mis en œuvre par l'ordonnance, qui explique une telle conclusion, si bien que pour le juge La Forest, notre quatrième catégorie serait une extension de la deuxième plutôt que de la troisième. Or, ses motifs contiennent aussi le passage suivant :

Le fait que la règle en vertu de laquelle elle a été rendue est d'origine prétorienne n'importe pas. L'élaboration de telles lois [sic] procède du rôle historiquement attribué aux juges nommés par la Reine. Ceux-ci exerçaient des pouvoirs découlant du souverain à titre de source de la justice. La *Charte* s'applique à la common law tout autant qu'aux lois¹³⁹.

La présence des trois premières phrases reproduites ci-dessus semble s'expliquer par le souci de justifier la quatrième, qui contient la conclusion selon laquelle la Charte s'applique à la common law aussi bien qu'aux lois. On se demande si une telle conclusion était nécessaire, puisque le juge La Forest était de toute façon d'avis que la Charte s'appliquait à l'ordonnance en cause. En effet, l'application à une ordonnance doit forcément impliquer l'application à la règle de common law sur laquelle cette ordonnance peut se fonder, mais pas l'inverse. La conclusion du juge La Forest ne serait donc utile que dans le cadre d'un raisonnement au sein duquel, à défaut de conclure à l'application

138. *Id.*, 892 et 893 (j. La Forest, motifs dissidents) : « En l'espèce, [l'ordonnance en cause] ne découle pas du fait qu'un particulier invoque la loi. Elle est un sous-produit, lequel en l'espèce se répercute à l'extérieur du processus criminel, de procédures entamées au criminel par le ministère public. »

139. *Id.*, 893 (j. La Forest, motifs dissidents).

de la Charte à une ordonnance, la question de son application à la règle de common law sur laquelle elle se fonde se poserait. Cela dit, les deuxième et troisième phrases reproduites ci-dessus vont bien plus loin encore en laissant entendre, dans le contexte d'une discussion relative à l'application de la Charte, que les tribunaux judiciaires exercent une fonction « gouvernementale » au sens large du terme où celui-ci s'entend comme celui d'« étatique ». Voici qui, à la différence de ceux de la juge McLachlin, permet aussi de ranger les motifs du juge La Forest dans notre cinquième catégorie. Car les raisons pour lesquelles ce dernier juge milite en faveur d'une application de la Charte à la common law peuvent tout aussi bien valoir pour la défense de la thèse, ou plutôt s'expliquer par la thèse de son application directe aux tribunaux suivant une acception élargie du mot « gouvernement ».

En 2011, dans l'affaire *Société Radio-Canada c. Canada*, les mesures judiciaires en cause ne consistaient ni en des décisions ou déclarations relatives à un litige ni en des ordonnances d'intérêt public rendues à l'initiative du tribunal, mais en des règles de pratique¹⁴⁰. Il s'agissait précisément de certaines dispositions du Règlement de procédure civile¹⁴¹ relatif à la Cour supérieure et des règles de pratique de la chambre criminelle de la Cour supérieure¹⁴². Ces deux ensembles de règles avaient été adoptés en vertu de l'art. 47 du *Code de procédure civile*¹⁴³ et des par. 482(1) et 482.1(1) du *Code criminel*¹⁴⁴, respectivement. C'est sans ne jamais renvoyer au par. 32(1) de la Charte que, sous la plume de la juge Deschamps, une Cour unanime l'a appliquée aux règles de pratique contestées. En fait, la question de l'application de la Charte n'a pas été considérée se poser, la Cour ayant de toute évidence estimé que cette application allait de soi. Selon toute vraisemblance, la Charte s'est ici appliquée indirectement

140. *Société Radio-Canada c. Canada* (Procureur général), 2011 CSC 2.

141. *Règlement de procédure civile* (Cour supérieure), RLRQ, c. C-25, r. 8, règles 38.1 et 38.2.

142. *Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle* (2002), TR/2002-46 (mod. TR/2005-19), art. 8A et 8B.

143. *Code de procédure civile*, préc., note 76.

144. *Code criminel*, préc., note 76.

aux mesures judiciaires contestées en tant qu'elle s'applique au législateur, l'adoption des règles de pratique en cause ayant consisté en l'exercice d'un pouvoir prévu par la loi (3.1). Voilà qui range finalement cette affaire dans notre première catégorie. En l'absence d'une habilitation législative, la Cour supérieure eût tout de même pu adopter les règles de pratique en question en vertu de sa compétence inhérente. Les motifs de la décision qu'aurait alors pu rendre la Cour et qui aurait appliqué la Charte se seraient rangés soit dans la troisième, soit, s'agissant des règles en matière pénale, dans la troisième, soit, plus simplement, idéalement et pour l'un et l'autre ensemble de règles, dans la cinquième catégorie.

Les paragraphes qui précèdent indiquent déjà que, en plus de pouvoir le faire par l'intervention intermédiaire d'un acteur visé à son par. 32(1), la Charte peut « s'appliquer » encore plus indirectement aux tribunaux, et ce, par le biais de l'« influence » que les « valeurs » qu'elle exprime doivent avoir sur l'élaboration et l'application de la common law. Les motifs majoritaires du juge McIntyre dans l'affaire *Dolphin Delivery* entendaient poser le principe suivant lequel la Charte « ne s'applique à la *common law* que dans la mesure où la *common law* constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis¹⁴⁵ ». Plus exactement, la réponse que voulait donner l'arrêt *Dolphin Delivery* à la question du rapport de la Charte à la common law consistait à dégager deux modes indirects d'application, l'un davantage que l'autre cependant : (1) l'application indirecte de la Charte à la common law par le truchement de la participation d'un acteur gouvernemental à un litige de ce fait public; (2) l'application encore plus indirecte de la Charte à la common law limitée à celle des « valeurs » de celle-là à l'élaboration et à l'application de celle-ci dans le cadre de la résolution judiciaire d'un litige privé. La jurisprudence entretient toutefois la plus grande confusion entre ces deux modes, qui se présentaient à l'origine comme qualitativement différents et complémentaires, de contrôle de la

145. Voir *supra*, note 101.

common law en vertu de la Charte, à un point tel qu'on ne sait plus si le second mode n'a pas aboli le premier de manière à généraliser le principe de non-applicabilité de la Charte à la common law nonobstant la nature du litige. Ensuite, que ce soit la satisfaction à l'une ou à l'autre exigence qui est contrôlée, la jurisprudence est dans l'ensemble opaque sur la question de savoir si l'exigence en cause ne concerne que les règles de common law ou leur mise en œuvre judiciaire également. Enfin, si le caractère éminemment médiat et atténué de la seconde forme de contrôle de la common law par la Charte à travers les seules « valeurs » de celle-ci peut parfois avoir eu des conséquences pratiques, ce ne fut majoritairement pas le cas, la Cour allant jusqu'à incorporer l'« essence » sinon l'intégralité du « test de l'arrêt *Oakes* »¹⁴⁶ aux « valeurs » de la Charte. Il semble avoir été rare, en effet, que, comme le prescrivait l'arrêt *Swain*¹⁴⁷, cette forme plus ou moins indirecte de contrôle se différenciât concrètement en accordant une plus grande marge d'appréciation au « *making-law-judge* » que ne le fait l'application directe de la Charte aux acteurs que la jurisprudence tient pour assurément visés à son par. 32(1), soit le législateur et le gouvernement au sens strict complété de ses mandataires désignés ou réputés. C'est d'ailleurs la lecture que fait Peter Hogg de la jurisprudence qui veut que « the exclusion of the common law from Charter review is not particularly significant »¹⁴⁸. Il est à mon sens problématique, et non anodin, que le lecteur ne puisse pas toujours savoir si, ne serait-ce qu'en pratique, la Cour a ou non soupesé d'autres valeurs que celles de la Charte et, dans l'affirmative, dans quelle mesure et suivant quelle méthode ou principe de mise en balance.

Dans *Cloutier c. Langlois*, la Charte n'avait pas été invoquée à l'encontre d'une fouille subie accessoirement à une arrestation par des policiers. Il était plutôt allégué que la fouille en cause constituait des voies de fait pour n'avoir pu s'appuyer valablement

146. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

147. Voir *supra*, notes 116 et 117, et texte correspondant.

148. P. W. HOGG, préc., note 22, p. 37-29.

sur la common law¹⁴⁹. Au nom de la Cour, la juge L'Heureux-Dubé écrivait ce qui suit :

Même si les parties n'ont pas ici invoqué la Charte, mais se sont plutôt limitées aux sources de common law dans l'examen de l'étendue du pouvoir de fouille, j'estime que les tribunaux doivent "expliquer et développer des principes de common law d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution" (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 603)¹⁵⁰.

Elle restitua ensuite les règles de common law relatives à la fouille accessoire à une arrestation de manière à conclure qu'elles ne sont pas contraires aux valeurs de la Charte.

Dans *R. c. Salituro*, la question en litige devant la Cour suprême du Canada était de savoir si la règle de common law relative à l'incapacité des conjoints à témoigner connaissait une exception dès lors que ceux-ci étaient séparés sans que n'existent de possibilités raisonnables de réconciliation¹⁵¹. Il vaut d'être souligné que la Charte n'avait pas été invoquée par l'inculpé, qui cherchait plutôt à faire mettre en œuvre la règle de common law en cause de manière à ce que soit exclu le témoignage qu'avait rendu son épouse pour la poursuite. S'appuyant sur l'arrêt *Dolphin Delivery*, le juge Iacobucci, au nom de la Cour, a d'abord rappelé que « la Charte fera également sentir son influence même en l'absence d'une loi ou d'une action gouvernementale »¹⁵². Voilà qui pourrait sembler curieux, puisqu'il s'agissait en l'espèce d'une poursuite pénale publique. Cet arrêt pourrait ainsi suggérer quelque passage d'un principe restreint à un principe large de

149. *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158.

150. *Id.*, (j. L'Heureux-Dubé, motifs unanimes; version électronique publiée par Lexum non paginée).

151. *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

152. *Id.*, (j. Iacobucci, motifs unanimes; version électronique publiée par Lexum non paginée).

non-applicabilité de la Charte à la common law, indifféremment de la nature du litige. Or, le recours au second mode, normalement le plus indirect, de contrôle de la common law en vertu de la Charte, ou des valeurs de celle-ci, s'explique sans doute ici par le fait que celle-là est intervenue en faveur, non pas de l'inculpé, mais de la poursuite. Sans pour autant se reporter à l'arrêt *Swain*, le juge Iacobucci énonçait ce qui suit :

Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée¹⁵³.

C'était pour en venir à la conclusion que, « [à] défaut d'intervention parlementaire », il convenait « de modifier la règle de common law de façon à rendre les conjoints séparés de façon irrémédiable habiles à témoigner pour le poursuivant »¹⁵⁴. Les motifs de cet arrêt n'indiquent donc pas pourquoi, au juste, la Charte n'est ici intervenue dans le contrôle de la common law que sur le second mode de l'influence que doivent avoir ses valeurs. Il revient au lecteur de le deviner, le par. 32(1) de la Charte n'étant d'ailleurs ici jamais mentionné.

Nous avons déjà eu l'occasion de voir que le *ratio* de l'arrêt *Dagenais* avait consisté à se fonder sur un *dictum* de l'arrêt *Dolphin Delivery* pour reformuler la règle de common law relative à l'ordonnance de non-publication de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la Charte¹⁵⁵. Cette règle fut reformulée dans ce même but dans l'affaire *Mentuck* où, à

153. *Id.*, (j. Iacobucci, motifs unanimes; version électronique publiée par Lexum non paginée).

154. *Id.*, (j. Iacobucci, motifs unanimes; version électronique publiée par Lexum non paginée).

155. Voir *supra*, notes 128 et 129, et texte correspondant.

l'inverse, c'était plutôt la poursuite qui demandait une interdiction de publication « dans le but de protéger la sécurité des policiers et de maintenir l'efficacité des opérations policières secrètes », l'accusé tenant pour sa part « la médiatisation de certains détails de son arrestation et de son procès comme essentielle au respect de son droit à un procès équitable »¹⁵⁶. Sous la plume du juge Iacobucci, la Cour a unanimement cru juste d'élargir les conditions prévues à la règle reformulée dans l'affaire *Dagenais* afin que ce qu'exige « la bonne administration de la justice » puisse aussi être pris en compte par le juge. Cette reformulation issue des arrêts *Dagenais* et *Mentuck* fut appliquée dans l'affaire *SRC c. La Reine*¹⁵⁷.

Hill c. Église de scientologie de Toronto était une affaire de diffamation entre des parties de droit privé à laquelle s'appliquait la common law relative à la responsabilité civile (*tort law*). La Cour a néanmoins statué que les règles de common law relatives au libelle diffamatoire n'étaient pas contraires aux « valeurs » de la Charte, et ce en insistant pour distinguer un tel examen d'une véritable application de celle-ci à la common law¹⁵⁸. La Cour a ajouté que « [l]es changements d'ampleur à la common law doivent être laissés au législateur »¹⁵⁹.

L'affaire *Pepsi-Cola* présentait un coefficient fort élevé de similarité avec l'affaire *Dolphin Delivery*. L'issue du litige fut toutefois différente. Cette différence tient justement à l'intervention d'un contrôle de conformité de la common law, non pas à la Charte elle-même, mais à ses « valeurs ». Était en cause une injonction interlocutoire de ne pas faire ou organiser de piquetage secondaire, émise en vertu de la common law à l'encontre d'un syndicat dans le cadre d'un litige privé. Plutôt que de rejeter les arguments fondés sur la Charte au motif que celle-ci ne trouvait pas application à l'espèce, la Cour en a tenu compte

156. *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, par. 28.

157. *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3.

158. *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 95 et suiv. (j. Cory, motifs majoritaires).

159. *Id.*, par. 96 (j. Cory, motifs majoritaires).

au point de modifier la common law relative au piquetage secondaire afin de la rendre conforme aux valeurs de la Charte. Depuis lors, le piquetage secondaire n'engage la responsabilité de son auteur que s'il constitue une faute (*wrongful act*)¹⁶⁰.

L'affaire *Grant c. Torstar* s'apparentait quant à elle à l'affaire *Hill*, puisqu'il s'agissait d'une poursuite en diffamation intentée par un particulier à l'encontre d'une personne morale de droit privé et fondée sur la common law. S'appuyant sur l'arrêt *Hill*, la Cour a d'abord rappelé que, « [m]ême si la common law n'est pas directement sujette à un examen au regard de la Charte dans le cadre de litiges opposant des parties privées, des modifications peuvent y être apportées pour la rendre conforme à la Charte »¹⁶¹. Elle est cependant revenue ensuite sur le principe plus particulier de ce dernier arrêt en concluant « qu'il convient de modifier la common law pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public »¹⁶², et ce, nonobstant la véracité d'une telle communication.

Que conclure d'une telle jurisprudence? Qu'elle est inopérante. Sa complexité extrême n'est pas justifiée par quelque fonctionnalité que ce soit. Par exemple, la non-applicabilité de la Charte à la common law dans les litiges privés est incompatible avec les arrêts *Young* et *P.(D.) c. S. (C.)*, qui ont substitué le critère, qui forme notre deuxième catégorie, de la seule nature du litige à celui qui y ajoutait la source de droit en cause. De faire varier les conditions d'application de la Charte avec la source du droit infraconstitutionnel applicable à la résolution du litige introduit de toute façon un malencontreux décalage entre le Québec et les autres provinces. Au-delà de cette considération, un tel non-

160. *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd*, 2002 CSC 8, par. 19, 20, 47 et 65-107.

161. *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, par. 44 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires; les motifs concordants de la j. Abella se distinguent sur une autre question).

162. *Id.*, par. 7; voir aussi par. 85 et 86 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires; les motifs concordants de la j. Abella se distinguent sur une autre question).

système d'application de la Charte aux tribunaux mobilisant confusément comme autant de facteurs la nature respective de la source de droit en cause, du litige, des droits et intérêts protégés et de la procédure rend à ce point imprévisible la réponse à cette question dans les cas d'espèce qu'il se mérite difficilement le qualificatif de « juridique ». Du reste, cela tient de la sophistication que de prétendre que la Charte peut s'« appliquer » aux tribunaux et à la common law à l'un ou l'autre de trois degrés d'intensité : application directe; application indirecte en raison de la nature du litige ou de la source de droit en cause; application encore plus indirecte par le seul truchement de ses « valeurs ». Ainsi que le relève Peter Hogg au sujet de la jurisprudence relative au contrôle de conformité de la common law aux « valeurs » de la Charte : « Despite some differences in the way s. 1 justification is assessed, the indirect application [of the Charter through its values] is much the same in its effect as the direct application [where a governmental actor is involved]¹⁶³ ». La stérilité de la ou plutôt des théories de la Cour sur les conditions d'applicabilité de la Charte aux tribunaux est révélée de manière flagrante par l'arrêt qu'a rendu la Cour le 20 décembre 2012 dans l'affaire *R. c. N.S.*, affaire dont il est impossible de dire comment, au juste, la Charte y a été appliquée¹⁶⁴. Était en cause le droit relatif aux conditions dans lesquelles témoignage peut être rendu dans un procès criminel, à l'enquête préliminaire y compris, et ce, en vertu de deux droits ou libertés également protégés par la Charte, mais invoqués ici de manière antagonique. D'une part, les accusés invoquaient leur « droit à un procès équitable » en vertu de l'al. 11*d*) et de l'art. 7 à l'appui de la thèse selon laquelle la victime alléguée et principal témoin de la poursuite ne pouvait témoigner à l'enquête préliminaire qu'à visage découvert. De l'autre, cette dernière invoquait la liberté de religion garantie à l'al. 2*a*) afin d'être autorisée à porter un niqab lors de son témoignage. Le droit infraconstitutionnel en cause se composait d'un ensemble indéterminé de dispositions législatives et réglementaires et de

163. P. W. HOGG, préc., note 22, p. 37-29.

164. *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72.

règles de common law¹⁶⁵. Les motifs majoritaires de la juge en chef McLachlin consistent pour l'essentiel en une reformulation du contenu matériel d'ensemble de ce droit infraconstitutionnel à la lumière d'un exercice de conciliation des droits et libertés constitutionnels en jeu. Désormais :

[L]a personne appelée à témoigner qui souhaite, pour des motifs religieux sincères, porter le niqab pendant son témoignage dans une instance criminelle sera obligée de l'enlever si les deux conditions suivantes sont respectées :

a) l'obligation qui lui est faite d'enlever le niqab est nécessaire pour écarter un risque sérieux que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) les effets bénéfiques de l'obligation d'enlever le niqab, y compris ses effets sur l'équité du procès, sont plus importants que ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté de religion¹⁶⁶.

Ce résultat se veut motivé par la jurisprudence inaugurée par les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* :

Dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, la Cour a établi le cadre d'analyse permettant de cerner et de résoudre les conflits opposant des droits en common law. La démarche a été précisée dans *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442. Le

165. *Id.*, par. 21 : « On peut toutefois se permettre d'affirmer que la common law, à laquelle s'ajoutent les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et la jurisprudence, part du principe que la possibilité de voir le visage du témoin constitue une caractéristique importante d'un procès équitable. »; par. 48 : « Comme je l'ai déjà mentionné, cette réponse va à l'encontre des présomptions profondément enracinées dans la pratique criminelle en common law et dans le *Code criminel*, ainsi que de l'opinion judiciaire acceptée selon laquelle le fait de voir le visage du témoin aide à en apprécier la crédibilité et est importante pour la tenue d'un procès équitable. » (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires).

166. *Id.*, par. 3 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires).

cadre d'analyse a été élaboré dans le contexte des interdictions de publication, mais ses principes sont d'application plus large¹⁶⁷.

On pourrait donc croire qu'en l'espèce la Charte n'a pas véritablement trouvé application, mais que ses seules « valeurs » ont orienté indirectement un remodelage de certaines règles de common law. Cette hypothèse paraît corroborée par le fait que la Cour s'est ici refusée à appliquer l'article premier de la Charte, précisant que son raisonnement ne consistait plutôt qu'en une « analyse de la proportionnalité qui s'apparente au dernier volet du critère de l'arrêt *R. c. Oakes* »¹⁶⁸. Mais pourquoi la Charte ne se serait-elle pas appliquée plus directement? D'abord, le droit contrôlé ne se réduisait pas à des règles de common law. Encore là, le litige était public. La procédure était aussi de nature pénale. À la rigueur, l'ordonnance en cause à travers la décision de la Cour d'appel, soit celle du juge d'instance qui avait ordonné au témoin de retirer son niqab avant de témoigner à l'enquête préliminaire, pouvait être considérée revêtir une dimension d'intérêt public liée à la préservation de la considération dont doit jouir l'administration de la justice au sein de la société dans son ensemble. Du reste, une lecture attentive suggère que, en réalité, ce ne soit que sur un plan matériel, et non formel, que la Cour se soit ici référée aux arrêts *Dagenais* et *Mentuck* et ait situé en dehors du champ d'application de l'article premier de la Charte l'exercice qui consiste à concilier deux droits ou libertés constitutionnels plutôt que de vérifier le caractère justifié d'une restriction à de tels droits ou libertés qu'apporterait une règle de droit infraconstitutionnelle. Voilà ce que tend à confirmer l'amalgame que fait le passage suivant entre différents cas d'application de la Charte :

J'ai proposé que, dans les affaires comme celle en l'espèce, les tribunaux devraient traiter du conflit entre les droits

167. *Id.*, par. 7. Voir aussi par. 30-32 et 34 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires).

168. *Id.*, par. 35 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires).

en trouvant un équilibre juste et approprié entre la liberté de religion et le droit à un procès équitable. [...] Cette approche suit la voie empruntée par la Cour dans les cas où il y a conflit entre des droits : *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 978-979 et 986-987; *Dagenais*, p. 878; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 2¹⁶⁹.

Comme si ce n'était pas suffisant, il est encore un passage qui suggère plutôt que, si l'article premier de la Charte ne trouvait pas application, c'était parce que ce qui faisait l'objet du contrôle n'était pas une « règle de droit ». Et ce, d'ailleurs, comme si de prendre la forme d'une règle de droit n'était pas censé, dans tous les cas où la Charte trouve application, être une condition *sine qua non* de validité de toute restriction apportée aux droits et libertés qu'elle protège : « Ce principe [selon lequel les droits ne peuvent être restreints que par une mesure dont la justification est démontrée] est énoncé à l'article premier de la *Charte* relativement aux règles de droit : les règles de droit qui limitent les droits garantis par la *Charte* sont invalides dans la mesure où la limite n'est pas raisonnablement justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique »¹⁷⁰. Enfin, nulle part n'est-il question, dans ces motifs, d'un simple aiguillage axiologique par la Charte dont, hormis l'article premier, la Cour traite des dispositions qu'elle tient pour pertinentes comme si elles trouvaient bel et bien application. Le par. 32(1), cependant, ne fait pas partie des dispositions citées, référencées ou autrement mentionnées dans ce jugement. Il serait vain d'espérer trouver la réponse à la question qui nous occupe dans les motifs minoritaires de ce jugement, que ce soit les motifs concordants du juge LeBel ou ceux, dissidents, de la juge Abella. Autrement dit, ce n'est qu'intuitivement qu'ici la Charte a été appliquée aux tribunaux et à la common law.

169. *Id.*, par. 46 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires).

170. *Id.*, par. 56 (j. en chef McLachlin, motifs majoritaires).

Une solution simple à une question qui se devait de l'être serait de rendre la Charte systématiquement applicable aux tribunaux, y compris à cette partie de leur production qu'est la common law, et ce, aux termes d'une acception large du terme « gouvernement » qui s'étende à l'exercice de toute « fonction gouvernementale ». Cette solution correspond à notre cinquième catégorie. L'objection la plus sérieuse, c'est-à-dire la crainte de voir la Charte imposer des obligations aux personnes de droit privé, ne résiste pas à l'analyse. Cette crainte repose sur (1) une confusion entre le rapport privé et sa résolution judiciaire d'une part et (2) un aveuglement à l'égard de la distinction entre la norme juridique qui est en elle-même attentatoire à un droit ou à une liberté constitutionnels et celle qui est neutre du point de vue de la Charte, mais dont l'exercice des simples capacités qu'elle confère aux personnes de droit privé peut donner l'illusion d'une norme attentatoire. Cette objection pourrait d'ailleurs tout aussi erronément être faite à l'encontre de l'applicabilité de la Charte à la loi, dont les auteurs sont visés au par. 32(1). Outre le premier pas effectué en ce sens par l'arrêt *BCGEU*, une telle solution pourrait prendre appui sur une base contemporaine et alternative de l'arrêt *Dolphin Delivery*, à savoir l'arrêt *Rahey*¹⁷¹. Cette dernière affaire fut en effet tranchée peu de temps après l'affaire *Dolphin Delivery*, dont il n'est aucunement fait mention dans les motifs de la Cour. Il s'agissait du contrôle de la constitutionnalité d'une procédure pénale intentée devant la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse pour des infractions à la loi fédérale sur l'impôt sur le revenu. La demande de contrôle se fondait sur l'al. 11 b) de la Charte qui garantit à tout inculpé le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Un juge sur les neuf qui ont entendu l'affaire n'a pas pris part au jugement. Les motifs des huit autres se répartissent en quatre ensembles, dont chacun est signé par un juge avec l'appui d'un autre, si bien que ce jugement ne compte au final que des motifs concordants. Ceux qui nous intéressent ici sont les motifs du juge La Forest qui, sans tenir compte de l'arrêt *Dolphin Delivery* ni mentionner le par. 32(1) de la Charte, écrit dans cette affaire que, « [o]utre ce qui peut se dégager d'une

171. *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588.

analyse grammaticale du texte de l'al. 11 b) et des dispositions analogues [172], il [...] semble [...] évident que les tribunaux, à titre de gardiens des principes enchâssés dans la *Charte*, doivent eux-mêmes être assujettis à l'examen que prévoit la *Charte* dans l'exécution de leurs fonctions »¹⁷³.

*

* *

Pour conclure, j'aimerais proposer une solution pour combler ce décalage entre le droit positif et une pratique judiciaire somme toute intuitionniste et qui, ce faisant, est source d'insécurité juridique générale, qu'on ait ou non conscience de celle-ci. Je propose que la Charte canadienne des droits et libertés soit enfin tenue pour applicable à tout rapport, aussi bien de droit privé que de droit public, quitte à revoir en conséquence le principe de responsabilité de l'État en dommages pour violation par ses préposés des droits et libertés que cette Charte garantit à autrui ainsi que notre manière de concevoir le test de justification des restrictions aux droits en vertu de l'article premier.

En pratique, la Cour s'est déjà résignée à appliquer la Charte à une notion de service public, autrement dit à l'exercice d'une notion élargie de « fonction gouvernementale », dont fait aisément partie la résolution juridictionnelle des différends. Plus

172. Voir notamment P. W. HOGG, préc., note 22, p. 37-21 : « [...] *many of the Charter rights contemplate that the courts are bound by the Charter. Nearly all of the rights guaranteed to [penal] defendants by s. 11 entail action by courts: holding a trial within reasonable time (s. 11(b)), not compelling the defendant to testify (s. 11(c)), respecting the presumption of innocence and providing a fair and public trial (s. 11(d)), granting reasonable bail (s. 11(e)) and so on. The same is true of the s. 12 right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment, the s. 13 right against self-incrimination, and the s. 14 right to an interpreter. These provisions supply a context in which it is reasonable to interpret the word « government » in s. 32 as including the judicial branch ».*

173. R. c. Rahey, préc., note 171, par. 95 (J. La Forest).

encore, en vertu de cette même pratique qui est celle de la Cour, le par. 32(1) de la Charte n'est aucunement exhaustif des conditions d'applicabilité de celle-ci. Derrière l'écran fumeux d'un simple aiguillage axiologique, la pratique d'application systématique de la Charte à la common law comme à la loi, même en droit privé tel que celui de la responsabilité civile et du *tort law*, y compris dans le contentieux privé, atteste que la Cour est déjà disposée à appliquer la Charte aux rapports de droit privé.

Ainsi que le relatent Roy Romanow, John Whyte et Howard Leeson :

Finally, the charter which formed part of the resolution [of 2 October 1980] contained for the first time a new application section [...] which said that the charter would apply : [¶] a. to the Parliament and Government of Canada and to all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and NorthWest Territories; and [¶] b. to the Legislature and Government of each province and to all matters within the authority of the Legislature of each province. [¶] This was a dramatic addition. It made the charter applicable not only to governmental action, by stating that all matters within the legislative jurisdiction of Parliament or the provinces were also subject to the terms of the charter, it gave the charter control over all private conduct. [...] It was not until the constitutional accord was reached on 5 November 1981 that the problem was dealt with. At a lawyer's drafting session that took place long into the night following the signing of the accord by first ministers, the wording of the application section was changed so that the charter again reached governmental action [only]¹⁷⁴.

Dès 1969 pourtant, le premier ministre fédéral, dans un document produit dans le cadre d'une conférence consti-

174. Roy ROMANOW, John WHYTE et Howard LEESON, *Canada... Notwithstanding: The Making of the Constitution 1976-1982*, 25th anniv. ed., Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 249 et 250.

tutionnelle réunissant les premiers ministres fédéral et provinciaux, indiquait que : « The proposed charter of human rights does not stop at restricting governmental action. It is designed to protect rights against private action as well¹⁷⁵. » Et c'était encore la position du ministre fédéral de la Justice en 1978 que : « Only by placing such a guarantee in the Constitution may individuals and minorities be assured that their rights and freedoms are adequately protected against arbitrary action by others, be those other individuals, majorities, governments or legislators¹⁷⁶. »

De toute façon, à l'« originalisme », il faut préférer l'interprétation téléologique¹⁷⁷, idéalement enrichie de la « fécondation croisée » des jurisprudences constitutionnelles et supranationales et éclairée par les standards internationaux. Au Royaume-Uni, l'art. 6 du *Human Rights Act 1998*¹⁷⁸, qui traduit en droit interne les engagements pris par cet État en ratifiant la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷⁹ le 8 mars 1951, article dont les dispositions prévoient qu'il est « unlawful for a

175. THE RIGHT HONOURABLE PIERRE ELLIOTT TRUDEAU, Prime Minister of Canada, « The Constitution and the People of Canada: An Approach to the Objectives of Confederation, the Rights of People and the Institutions of Government », catalogue no. CP 32-9-1969, dans Anne F. BAYEFSKY (compiled by), *Canada's Constitution Act 1982 and Amendments: A Documentary History*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1989, p. 78, à la page 82.

176. THE HONOURABLE OTTO E. LANG, Minister of Justice, « Constitutional Reform: Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans Anne F. BAYEFSKY, préc., note 175, p. 499, à la page 499.

177. Voir notamment *Edwards v. A.-G. Canada*, [1930] A.C. 124, 135 et 136; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 155 et 156; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, par. 53; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 21; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, par. 30; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, par. 9.

178. *Human Rights Act 1998* (R.-U.), 1998, ch. 42, art. 6.

179. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n°5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953, amendée par les protocoles n° 11 et 14 et complétée par le protocole additionnel et les protocoles n° 4, 6, 7, 12 et 13) [Convention européenne des droits de l'homme].

public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right », a généré des difficultés et, parfois, des apories équivalentes à celles que le présent article avait pour propos restituer¹⁸⁰. Tel que l'explique Heinz Klug :

From the interpretative expansion of the State action requirement to include privately formulated, racially discriminatory contracts by the United States Supreme Court, to the notion of drittwirkung [sic] (operation of the constitution on private third parties) in the jurisprudence of the German Constitutional Court, there has been a constant struggle over the impact of constitutional rights on the private exercise of power. While the requirement of State action has remained largely constrictive in the United States, the German Constitutional Court has long recognized the radiating effect constitutional rights have of private actions that impugn the rights of other private parties. Although this horizontal application of the Bill of Rights was at first rejected by the South African Constitutional Court in its interpretation of the 1993 Constitution, the reaction of the Constitutional Assembly was to rewrite the application clause in the « final » 1996 Constitution explicitly to apply the Bill of Rights to relevant private action¹⁸¹.

180. Voir notamment *Aston Cantlow PCC v. Wallbank*, [2003] U.K.H.L. 37; *YL v. Birmingham City Council & Ors*, [2007] U.K.H.L. 27; *London & Quadrant Housing Trust v. Weaver*, [2009] E.W.C.A. Civ 587; voir aussi Dawn OLIVER, « The Frontiers of the State: Public Authorities and Public Functions Under the Human Rights Act », [2004] *Public Law* 476; Cormac MAC AMHLAIGH, « Once More Onto the (Public/Private) Breach... : s. 6 of the Human Rights Act 1998 and the Severability Thesis », UK Constitutional Law Association, 13th December 2013, en ligne : <<http://ukconstitutionallaw.org/2013/12/>> (consulté le 11 septembre 2014).

181. Heinz KLUG, « Model and Anti-Model: The United States Constitution and the « Rise of World Constitutionalism », Wisconsin, 2000 *Wisconsin Law Review* 597, 2000, p. 614.

Traditionnellement, les droits fondamentaux des personnes et groupes ont été conçus comme des limites à l'exercice des pouvoirs constitués. L'affirmation progressive, sous l'influence de la science allemande du droit constitutionnel, de leur *Drittwirkung*, c'est-à-dire de leur effet horizontal, non seulement indirect mais aussi parfois direct¹⁸², vient remettre en question cette conception. À la science canadienne du droit, cette réflexion semble demeurer étrangère. Or l'inopérabilité avérée de l'interprétation exclusiviste du par. 32(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* tend à confirmer qu'il n'y a aucune raison de croire que le Canada doive échapper à cette logique mondiale d'extension du contrôle juridictionnel des droits et libertés constitutionnels.

182. Andrew CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006 ; Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », dans Hugues DUMONT, François OST et Sébastien VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 355-390.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PERTINENCE EN CONTEXTE CANADIEN DE LA JURISPRUDENCE
CONSTITUTIONNELLE DU CONSEIL PRIVÉ RELATIVE À
L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

Auteur(s) : Han-Ru ZHOU

Revue : RDUS, 2015, volume 45, numéro 1-2

Pages : 235-271

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9926>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9926>

Page vide laissée intentionnellement.

LA PERTINENCE EN CONTEXTE CANADIEN DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE DU CONSEIL PRIVÉ RELATIVE À L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

par Han-Ru ZHOU *

La présente étude examine le principe constitutionnel dit « non écrit » ou implicite de l'indépendance judiciaire dans une perspective comparée. L'exercice du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois sur la base de tels principes n'est pas unique au contexte canadien. En effet, depuis plus d'un demi-siècle, le Comité judiciaire du Conseil privé examine la conformité de lois à des principes constitutionnels implicites dans des affaires provenant de pays du Commonwealth ayant adopté, comme au Canada, une Constitution basée sur le « modèle de Westminster ». Cette jurisprudence du Conseil privé suggère que la position de la Cour suprême est loin d'être aussi exceptionnelle qu'on aurait pu initialement le croire. La jurisprudence de la Cour suprême s'inscrit plutôt dans un courant plus global au sein du Commonwealth permettant le recours à des principes constitutionnels implicites, en particulier l'indépendance judiciaire et la séparation des pouvoirs, dans l'exercice du contrôle judiciaire des lois. L'analyse comparée proposée aurait fourni à la Cour suprême un appui additionnel considérable à sa position concernant la portée constitutionnelle du principe de l'indépendance judiciaire.

This article examines the « unwritten » or implied constitutional principle of judicial independence from a comparative perspective. The exercise of judicial review on the basis of such principles is not unique to the Canadian context. Indeed, for more than half a century, the Judicial Committee of the Privy Council has been examining the conformity of laws to implied constitutional principles in cases from Commonwealth countries which, as in Canada, have adopted a Constitution based on the “Westminster Model”. This Privy Council case law suggests that the position of the Supreme Court is far from being as exceptional as one would have initially thought. Rather, the Supreme Court case law fits with a more global trend within the Commonwealth of using implied constitutional principles, in particular judicial independence and the separation of powers, in conducting judicial review of legislation. It follows that the proposed comparative analysis would have provided the Supreme Court significant support for its position regarding the constitutional extent of the principle of judicial independence.

*. Professeur adjoint (droit public), Faculté de droit, Université de Montréal. Je tiens à remercier Martine Valois et les deux évaluateurs anonymes pour leurs commentaires sur ce texte ainsi que Judith Cardin Poissant pour son aide dans la recherche. Des versions antérieures de ce texte ont été présentées dans le cadre du Young Comparativist Committee Conference de l'American Society of Comparative Law à l'Université de l'Indiana et du cycle d'ateliers en droit constitutionnel à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, dont je remercie les participants pour leurs commentaires. Ce projet de recherche a été financé par le Fonds Georg Stellari de l'Université de Montréal. [han-ru.zhou@umontreal.ca]

SOMMAIRE

Introduction	237
1. L'indépendance judiciaire en tant que motif de contrôle judiciaire des lois.....	240
2. La pertinence de la common law comparée en droit constitutionnel	249
2.1. L'unité de la common law.....	251
2.2. Le modèle de Constitution de Westminster	255
3. L'opportunité du recours à la common law comparée en contexte canadien	261
Conclusion	266

Introduction

Comme le souligne la juge Deschamps en introduction à la présente série d'études en droit constitutionnel, la Cour suprême du Canada est probablement l'une des cours suprêmes nationales les plus ouvertes à l'utilisation du droit comparé dans l'élaboration de ses jugements¹, en particulier du droit des pays du Commonwealth ayant adopté le système de common law. Ainsi, on a déjà observé que :

the Supreme Court of Canada consistently looks to the law of other nations for guidance and inspiration. In fact, the Supreme Court of Canada's use of foreign law has not diminished with the establishment of a uniquely Canadian body of law, but rather has increased in frequency and diversity. [...] Foreign law appears in the entire range of cases that fall within the Court's jurisdiction. [...] Foreign law is so common in Canadian Supreme Court decisions that it is difficult to find general statements regarding the use, relevance or value of such authorities; comparative judicial reasoning is integral to the Court's methodology.²

Bien que cette ouverture des juristes canadiens envers le droit comparé soit solidement ancrée dans la tradition juridique canadienne, certains auteurs ont laissé entendre qu'il y aurait une récente tendance judiciaire vers une diminution du recours au droit comparé. Sur la base d'études empiriques de citations de la Cour suprême de précédents étrangers publiées en 2009 et 2010, Peter McCormick a notamment observé un moindre intérêt des « membres de la Cour récemment nommés » à l'endroit du droit comparé³. Selon McCormick, ses études montrent aussi une diminution constante de la proportion des citations de précédents

-
1. Voir Marie DESCHAMPS, « Introduction » dans cette revue.
 2. Sarah K. HARDING, « Comparative Reasoning and Judicial Review », (2003) 28 *Yale J. Int'l L.* 409, 411 et 413.
 3. Peter MCCORMICK, « Waiting for Globalization: An Empirical Study of the McLachlin Court's Foreign Judicial Citations », (2009-2010) 41 *R.D. d'Ottawa* 209, 241.

étrangers au cours des dernières décennies. Par exemple, en divisant les périodes d'étude selon les mandats des trois derniers juges en chef de la Cour suprême, l'auteur note que la proportion des citations provenant des deux juridictions les plus souvent consultées, soit l'Angleterre et les États-Unis, est respectivement passée de 16,6 % (période Dickson) à 9,4 % (période Lamer) à 6,1 % (période McLachlin 2000-2008) et de 7,2 % à 5,6 % à 3,5 %. Pendant ces mêmes périodes, la proportion des citations canadiennes a grimpé de 74,2 % à 83,3 % à 88,8 %⁴.

Malgré les limites des conclusions pouvant être tirées d'études empiriques de la nature de celles faites par McCormick, celles-ci semblent trouver un certain appui dans la doctrine. Ainsi, dans une étude du recours au droit comparé à la Cour suprême au cours de l'année 2008, Adam Dodek parle d'un « recours limité et [d']opportunités manquées »⁵. Essentiellement, ce dernier note qu'au cours de cette année, la Cour suprême n'a eu recours au droit comparé que dans deux dossiers connexes. Dans ces deux dossiers, l'étude comparée n'a été l'affaire que d'un seul juge et (principalement) d'une seule juridiction, en l'occurrence les États-Unis⁶. Le point de vue de McCormick semble aussi trouver un écho chez le juge Bastarache. Dans un article publié peu après sa retraite de la Cour suprême, ce dernier va même jusqu'à avancer que :

Many commentators have observed that the changing nature of judicial decision-making is characterized by an increased willingness on the part of judges to refer to and apply foreign sources of law when they interpret domestic law. [...] I still believe that the influence of judicial borrowing in Canada is overstated by some.⁷

-
4. *Id.*, 217. Voir aussi Peter MCCORMICK, « American Citations and the McLachlin Court: An Empirical Study », (2009) 47 *Osgoode Hall L.J.* 83.
 5. Adam DODEK, « Comparative Law at the Supreme Court of Canada in 2008: Limited Engagement and Missed Opportunities », (2009) 47 *S.C.L.R.*(2^e) 445.
 6. *Id.*, 473.
 7. Michel BASTARACHE, « How Internationalization of the Law Has Materialized in Canada », (2009) 59 *R.D.U.N.-B.* 190, 196.

Pour le juge Bastarache, le phénomène de l'« internationalisation » n'aurait eu à ce jour qu'un effet minimal sur la jurisprudence de la Cour⁸.

La présente étude se veut un exemple concret de la pertinence de l'analyse comparée en contexte constitutionnel canadien. Pour ce faire, nous examinerons dans une perspective comparée l'une des questions parmi les plus controversées en droit constitutionnel canadien : l'exercice du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois sur la base de principes constitutionnels dits « non écrits » ou implicites, plus particulièrement l'indépendance judiciaire. Du point de vue juridique, cette forme de contrôle judiciaire est controversée dans la mesure où, selon ses opposants, elle entre directement en conflit avec l'autorité législative. Plusieurs juristes y voient en fait la situation dans laquelle une loi serait invalidée ou écartée même si elle ne contrevenait à aucune disposition de la Constitution. Selon Peter Hogg, un tel exercice de contrôle judiciaire est contraire à la position traditionnellement acceptée en droit canadien selon laquelle le contrôle judiciaire de la loi doit être basé *exclusivement* sur les termes de la Constitution⁹. Pour Hogg, les juristes canadiens tiennent pour acquis que : « only the actual text of the Constitution [...] creates enforceable rights and obligations »¹⁰.

Pourtant, à partir du milieu des années 1980, la Cour suprême exerçait déjà un contrôle judiciaire des lois dont on alléguait qu'elles violaient non seulement des dispositions de la Constitution, mais aussi un principe général d'indépendance judiciaire, lequel n'était pas spécifiquement prévu dans la Constitution. Cependant, ce débat entourant l'application d'un principe constitutionnel d'indépendance judiciaire n'est pas unique au contexte canadien. En effet, au moins dès les années 1960, le Comité judiciaire du Conseil privé a examiné la conformité de lois à

8. *Id.*, 204.

9. Peter W. HOGG, « The Charter of Rights and American Theories of Interpretation », (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 87, 102 et 113.

10. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., Scarborough, Carswell, 2007, p. 15-52.

des principes constitutionnels implicites dans des pourvois provenant de pays du Commonwealth ayant adopté une Constitution basée sur le « modèle de Westminster ». Le présent article défendra le caractère persuasif en contexte canadien de cette jurisprudence du Conseil privé.

Pour procéder à l'étude du droit comparé, il convient d'abord de situer le débat en contexte canadien. À cette fin, la première partie consistera en un survol de l'interprétation faite par la Cour suprême de la portée constitutionnelle du principe de l'indépendance judiciaire. Ce survol a pour but d'étayer la proposition selon laquelle l'indépendance judiciaire peut être employée et a été employée par les tribunaux canadiens comme motif de contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir législatif. Dans la seconde partie, nous soutiendrons que, dans les juridictions de common law, le recours au droit constitutionnel comparé par les tribunaux est enraciné dans l'histoire et la tradition, et peut être expliqué de façon cohérente par la nature et la structure de la common law ainsi que par la décision des anciennes colonies de conserver le système de common law après leur indépendance à travers l'adoption d'une Constitution basée sur le modèle de Westminster. Finalement, la troisième partie posera un regard sur l'apport de la common law comparée dans l'analyse du principe d'indépendance judiciaire comme motif d'exercice du contrôle judiciaire en droit canadien. Nous concluons en suggérant que la Cour suprême du Canada aurait pu trouver un appui additionnel considérable à sa position concernant la portée constitutionnelle du principe de l'indépendance judiciaire si elle avait pris en considération la common law comparée pertinente.

1. L'indépendance judiciaire en tant que motif de contrôle judiciaire des lois

En droit canadien, le principe de l'indépendance judiciaire est une notion difficile à cerner. L'une de ces difficultés provient sans doute de la nature tant politique que juridique de ce principe. D'une part, la Cour suprême du Canada fait souvent référence à l'indépendance judiciaire en tant que valeur « fondamentale » ou

« constitutionnelle »¹¹, servant notamment à préserver d'autres valeurs constitutionnelles fondamentales : « la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité, la préservation du processus démocratique, pour n'en nommer peut-être que les plus importantes »¹². D'autre part, l'indépendance judiciaire est devenue un principe *juridique* dans la mesure où elle est partiellement reconnue dans la Constitution, principalement aux art. 96-101 L.C. 1867 et à l'art. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et a fait l'objet d'applications jurisprudentielles.

Cette partie présente un survol de la jurisprudence concernant l'indépendance judiciaire en tant que motif d'exercice du contrôle judiciaire. Presque tous les arrêts examinés dans cette partie demeurent controversés et ont soulevé de nouvelles incertitudes quant à la portée du pouvoir législatif. Cependant, c'est dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale* que l'on retrouve l'analyse judiciaire la plus élaborée quant à la portée constitutionnelle du principe d'indépendance judiciaire. Par conséquent, nous expliquerons le raisonnement judiciaire dans ce jugement avant de démontrer que la jurisprudence de la Cour suprême subséquente à cet arrêt l'a appliqué et continue de l'appliquer.

Dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, la Cour suprême a entendu une série d'appels provenant de trois provinces. Un groupe d'appellants a soutenu que les lois de l'Alberta et de l'Île-du-Prince-Édouard réduisant la rémunération et les avantages des juges de leurs cours provinciales respectives ont eu pour résultat que ces cours n'étaient plus indépendantes. Dans un autre appel, la Manitoba Provincial Judges Association a contesté, sur la même base constitutionnelle, la réduction de salaire de ses juges

11. *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, 685 et 702; *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, 76; *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 111; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 34.

12. *R. c. Beauregard*, préc., note 11, 70. Voir aussi *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, préc., note 11, par. 123; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, par. 33.

promulguée par une loi provinciale. Les appelants ont basé leurs contestations constitutionnelles sur l'art. 11*d*) de la Charte¹³.

La principale difficulté dans ces affaires concernait le fait que le niveau d'indépendance judiciaire garanti par les dispositions pertinentes de la Constitution a une portée limitée, de sorte qu'a priori, la Partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 11*d*) de la Charte sont largement inapplicables aux cas en l'espèce. Dans l'extrait suivant de son jugement majoritaire, le juge en chef Lamer reconnaît d'ailleurs cette réalité :

un examen plus approfondi révèle des limites sérieuses à l'argument que les dispositions expresses de la Constitution codifient de façon exhaustive et définitive la protection de l'indépendance de la magistrature. Le premier problème, et aussi le plus grave, est que l'éventail des tribunaux dont l'indépendance est protégée par les dispositions écrites de la Constitution comporte des lacunes importantes. Par exemple, les art. 96 à 100 ne protègent que l'indépendance des juges des cours supérieures, de district et de comté [...] De plus, les art. 96 à 100 ne s'appliquent pas aux tribunaux inférieurs dont les juges sont nommés par les provinces, savoir les cours provinciales.

[...] le champ d'application de l'al. 11*d*) est lui aussi expressément limité -- la protection qu'il énonce ne s'étend qu'aux tribunaux exerçant une juridiction sur les personnes faisant l'objet d'une inculpation. En conséquence, quand ces cours exercent une juridiction civile, il ne semble pas que leur indépendance soit garantie. L'indépendance des cours provinciales qui siègent en matière familiale, par exemple, ne bénéficierait pas de la protection constitutionnelle. Celle des cours supérieures, par contraste, quand elles entendent le même genre d'affaires, en bénéficierait.¹⁴

Conséquemment, la Cour aurait pu d'emblée rejeter les portions des recours basés sur la Charte qui ne découlaient pas d'un contexte

13. *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, préc., note 11, par. 82.

14. *Id.*, par. 85 et 86.

pénal au motif que l'art. 11*d*) ne s'applique pas hors du domaine pénal. Or, le juge en chef Lamer invoque plutôt un principe constitutionnel implicite ou non écrit d'indépendance judiciaire comme principal fondement juridique à sa décision selon laquelle les législateurs provinciaux ne pouvaient adopter une loi modifiant la rémunération des juges « dans le cadre d'une mesure globale d'économie des deniers publics » sans avoir préalablement consulté une commission d'examen de la rémunération des juges. Au nom de ce même principe, la Cour invalide aussi les dispositions législatives albertaines autorisant le ministre de la Justice à désigner les jours d'audience de la cour et le lieu de résidence des juges, et la disposition législative du Manitoba autorisant le gouvernement à retirer du personnel des palais de justice par l'octroi de congés sans solde.

Le juge La Forest a rendu une opinion dissidente. Selon lui, toutes les garanties constitutionnelles doivent « tire[r] en réalité leur origine de dispositions précises de la Constitution »¹⁵. Dans la mesure où de telles garanties ne peuvent résulter « des mécanismes habituels d'interprétation constitutionnelle »¹⁶, les tribunaux ne peuvent les invoquer pour invalider une loi. Bien que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* affirme que la constitution canadienne repose « sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni », il n'existe pas de précédent anglais selon lequel les tribunaux peuvent invoquer l'indépendance judiciaire (ou tout autre principe juridique) afin d'invalider une loi. En Angleterre, le Parlement est l'autorité suprême. Par conséquent, le constituant n'a jamais eu l'intention que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* (ou toute autre partie de la Constitution du Canada au sens de l'art. 52 L.C. 1982) reconnaisse l'existence en droit canadien d'un principe constitutionnel général d'indépendance judiciaire issu du droit anglais. Pour le juge La Forest :

[l]es dispositions expresses de la Constitution ne sont pas, comme l'affirme le Juge en chef, « l'expression des principes structurels sous-jacents non écrits, prévus par le

15. *Id.*, par. 303.

16. *Id.*, par. 319.

préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* ». Au contraire, ils sont la Constitution. Affirmer autre chose c'est subvertir le fondement démocratique du contrôle judiciaire.¹⁷

Ainsi, les juges majoritaires auraient eu tort d'invoquer le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* au soutien du caractère constitutionnel de l'indépendance judiciaire et n'auraient pas correctement pris en compte les implications du principe de la souveraineté parlementaire en Angleterre et au Canada.

Il convient de souligner que le *Renvoi : juges de la Cour provinciale* n'est pas le premier arrêt canadien d'importance en matière d'indépendance judiciaire. Avant 1997, plusieurs arrêts avaient discuté de divers aspects de l'indépendance judiciaire, dont ses effets juridiques à l'égard de la loi. À notre avis, cette jurisprudence, comme la jurisprudence subséquente au renvoi de 1997, est conforme à l'interprétation faite par le juge en chef Lamer dans ce renvoi.

Dans l'arrêt *R. c. Beauregard*, l'intimé, un juge de la Cour supérieure du Québec, a contesté la constitutionnalité d'une loi nouvellement adoptée par le Parlement fédéral, laquelle exigeait de tous les juges de nomination fédérale une contribution de 7 % de leur salaire pour couvrir les frais de leur pension. L'intimé a prétendu que cette loi violait l'art. 100 L.C. 1867 qui prévoit que « [l]es salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté [...] seront fixés et payés par le parlement du Canada ». Dans un jugement majoritaire, le juge en chef Dickson reconnaît qu'au Canada, « l'indépendance judiciaire doit également être maintenue face à toute autre ingérence possible, y compris celle du pouvoir législatif »¹⁸. Toutefois, après avoir examiné les faits en l'espèce, il conclut que la loi contestée n'est pas contraire à l'art. 100.

17. *Id.*

18. *R. c. Beauregard*, préc., note 11, 73 et 74 (italiques ajoutés).

Dans l'arrêt *R. c. Lippé*, les intimés ont contesté l'indépendance judiciaire des juges municipaux du Québec. Le juge en chef Lamer (avec l'accord des juges Sopinka et Cory) a été d'avis que l'indépendance judiciaire correspond à l'indépendance envers le « gouvernement », un terme défini comme n'étant « [pas limité] aux simples pouvoirs exécutif et législatif. Par l'expression 'gouvernement', dans ce contexte, je veux dire toute personne ou tout organisme capable d'exercer des pressions sur les juges en vertu de pouvoirs émanant de l'État »¹⁹. Dans son jugement majoritaire, le juge Gonthier soutient même que l'indépendance judiciaire « inclut à la fois l'indépendance vis-à-vis du gouvernement [tel que le définit le juge en chef Lamer dans ce jugement] et l'indépendance vis-à-vis des parties au litige »²⁰. Ainsi, le juge en chef Lamer et le juge Gonthier reconnaissent tous deux que l'indépendance judiciaire interdit les ingérences indues des pouvoirs législatif et exécutif. Toutefois, en appliquant les exigences de l'indépendance judiciaire au régime législatif établissant les cours municipales en cause dans cet arrêt, le juge Gonthier estime qu'il n'était pas contraire à l'art. 11*d*) de la Charte. Aujourd'hui, on peut constater que l'arrêt *Lippé* a été en quelque sorte annonciatrice de l'interprétation « large et libérale » de l'art. 11*d*) et du principe d'indépendance judiciaire subséquentement adopté par la jurisprudence. En effet, d'entrée de jeu, le juge en chef Lamer affirme que : « [l]es cours municipales ont, au Québec, compétence aussi bien en matière civile que pénale »²¹. Néanmoins, la Cour ne considère pas cette disposition comme l'empêchant d'examiner la conformité aux exigences d'indépendance judiciaire des lois concernant les tribunaux statutaires siégeant en matière civile.

Dans l'affaire *Mackeigan c. Hickman*, cinq juges d'appel ont demandé à la Cour supérieure de casser une ordonnance de comparution délivrée par une commission royale d'enquête afin de les obliger à répondre à des questions reliées à un jugement qu'ils avaient rendu. S'exprimant pour la pluralité de la Cour suprême, la juge McLachlin débute son analyse juridique en énonçant les

19. *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, 138.

20. *Id.*, 154.

21. *Id.*, 131.

principes relatifs à l'indépendance judiciaire pertinents en l'espèce. Après avoir cité avec approbation les propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Beauregard*, elle affirme que : « [l]a condition capitale du maintien de l'indépendance judiciaire est que les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement ne doivent pas empiéter sur les 'pouvoirs et fonctions' essentiels du tribunal »²². Selon la juge McLachlin, il s'ensuit que « le Parlement et les assemblées législatives ne peuvent agir de manière à entraver [...] les pouvoirs et fonctions des tribunaux »²³. Ses propos n'étaient pas fondés sur des dispositions de la Constitution, mais provenaient plutôt d'un examen de l'indépendance judiciaire « en tant que principe constitutionnel fondamental du régime de gouvernement canadien »²⁴. Après avoir établi les principes applicables en l'espèce, la juge McLachlin interprète les pouvoirs statutaires d'enquête de la commission de façon à ne pas porter atteinte au droit des juges de refuser de témoigner devant la commission sur les motifs de leurs décisions.

Dans l'affaire *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, deux juges de cour provinciale ont contesté la validité d'une loi provinciale visant à remplacer les juges surnuméraires par un tableau de juges à la retraite rémunérés sur une base journalière au motif que ce changement législatif portait atteinte à l'indépendance judiciaire. Sous le régime législatif précédent, les juges provinciaux qui avaient atteint un certain âge et cumulé un nombre déterminé d'années de service pouvaient alors choisir de siéger comme juge surnuméraire et ainsi continuer à recevoir leur plein traitement tout en conservant une charge de travail réduite. Dans un jugement majoritaire, le juge Gonthier affirme que « [l]e préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'al. 11*d*) de la *Charte* confèrent [aux normes juridiques régissant l'indépendance judiciaire] un statut fondamental en les plaçant au plus haut niveau de la hiérarchie juridique »²⁵. Il ajoute que la

22. *Mackeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, 827 et 828.

23. *Id.*, 832.

24. *Id.*, 828.

25. *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, préc., note 11, par. 37.

compétence des législatures provinciales « doit être exercée en conformité avec les principes structurels de la Constitution canadienne, dont l'indépendance de la magistrature »²⁶. Les deux juges dissidents ne se sont pas objectés aux propos de la majorité concernant l'indépendance judiciaire. Au contraire, ils sont en accord avec le juge Gonthier quant à « son exposé des principes généraux de l'indépendance judiciaire »²⁷. Cependant, ils expriment leur désaccord avec son interprétation de la loi contestée. Selon eux, le statut de juge surnuméraire ne reçoit pas de protection constitutionnelle. La Cour suprême a accepté l'argument des juges provinciaux et a invalidé les dispositions législatives contestées. Ce faisant, elle reconnaît que le principe constitutionnel implicite d'indépendance judiciaire peut servir à contrôler la constitutionnalité des lois.

En somme, à partir du milieu des années 1980, la Cour suprême a été saisie de demandes de contrôle judiciaire des lois fondées non seulement sur les dispositions de la Constitution, mais aussi sur un principe constitutionnel général d'indépendance judiciaire. Il semble bien que les tribunaux ont été d'avis que l'indépendance judiciaire, en tant que principe constitutionnel reconnu implicitement à travers certaines dispositions de la Constitution et dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, peut avoir préséance sur la loi. Des obiter à cet effet se trouvent dans les arrêts *Beauregard*, *Lippé* et *Mackeigan*. Dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale* et dans l'arrêt *Mackin*, la Cour a invalidé les lois contestées au motif qu'elles étaient contraires au principe constitutionnel implicite d'indépendance judiciaire. Comme dans le cas de l'appel du Manitoba dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, l'affaire *Mackin* ne découle pas exclusivement d'un contexte pénal et n'impliquait pas l'indépendance des juges des cours supérieures, de sorte que la Cour n'a pu se fonder entièrement sur l'art. 11*d*) de la Charte ou sur les art. 96-101 L.C. 1867 dans son examen de la loi contestée, et encore moins pour la déclarer invalide. À travers une interprétation évolutive du

26. *Id.*, par. 70.

27. *Id.*, par. 91.

principe d'indépendance judiciaire²⁸, la Cour a élargi la portée initiale de ce principe partiellement exprimé dans les dispositions de la Constitution de façon à ce qu'il devienne applicable à tous les tribunaux judiciaires (*Renvoi : juges de la Cour provinciale, Mackin, Lippé*) et aux juges de paix (*Ell c. Alberta*).

L'interprétation de la Constitution canadienne faite par la majorité de la Cour dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale* (et dans les autres arrêts ayant appliqué le renvoi) a été fortement critiquée. Jean Leclair et Yves-Marie Morissette ont soutenu que : « [l]a thèse défendue par le juge en chef [...] n'est confortée ni par les textes de loi constitutionnels ni par l'histoire. Elle constitue un bouleversement radical et injustifié de la théorie des sources du droit constitutionnel canadien »²⁹. Un auteur a même écrit : « Frankly, I cannot see how the reasoning I have criticized can be explained as anything other than a disingenuous rationalization of a result strongly desired by the judges on policy grounds »³⁰. D'autres auteurs ont qualifié le jugement majoritaire de « douteux »³¹, comme étant « sans fondement »³² et même de raisonnement « fantaisiste »³³. Bien que la plupart des critiques reconnaissent l'existence de principes constitutionnels non écrits, ils sont

28. *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, préc., note 11, par. 106; *Assoc. des juges de la Cour prov. du N.-B. c. N.-B.*, [2005] 2 R.C.S. 286, par. 2 et 4.

29. Jean LECLAIR et Yves-Marie MORISSETTE, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême: reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 485, 487.

30. Jeffrey GOLDSWORTHY, « The Preamble, Judicial Independence and Judicial Integrity », (1999-2001) 11 *Constit. Forum* 60, 64.

31. Robert G. RICHARDS, « Provincial Court Judges Decision-Case Comment », (1998) 61 *Sask. L. Rev.* 575, 588. Voir aussi J. LECLAIR et Y.-M. MORISSETTE, préc., note 29.

32. Jamie CAMERON, « The Written Word and the Constitution's Vital Unstated Assumptions », dans Pierre THIBAUT, Benoît PELLETIER et Louis PERRET (dir.), *Les mélanges Gérald-A. Beaudoin : les défis du constitutionnalisme. Essays in Honour of Gérald-A. Beaudoin: The Challenges of Constitutionalism*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 89, à la page 113.

33. Peter W. HOGG, « The Bad Idea of Unwritten Constitutional Principles: Protecting Judicial Salaries », dans Adam DODEK et Lorne SOSSIN (dir.), *Judicial Independence in Context*, Toronto, Irwin Law, 2010, p. 25, à la page 26.

généralement d'avis, comme Peter Hogg, que toute norme constitutionnelle provenant de ces principes doit nécessairement avoir sa source dans les dispositions de la Constitution, sans quoi ils ne peuvent avoir préséance sur la loi. Ceux-ci ont donc préféré la dissidence du juge La Forest. À notre avis, un examen de la common law comparée pertinente offre une réponse aux critiques de la position de la Cour qui mérite considération. La prochaine partie expliquera la pertinence particulière du droit constitutionnel comparé entre juridictions de common law avant d'examiner la jurisprudence constitutionnelle du Comité judiciaire du Conseil privé sur l'indépendance judiciaire.

2. La pertinence de la common law comparée en droit constitutionnel³⁴

Toute étude de droit comparé devrait préalablement établir sa pertinence. Dans le contexte de la comparaison des droits issus de juridictions de common law, une telle analyse implique naturellement la notion bien connue d'autorité persuasive. Selon Christopher McCrudden, « [persuasive authority] is regarded as relevant to the decision which has to be made by the judge, but is not binding on the judge under the hierarchical rules of the national system determining authoritative sources »³⁵. Si le droit comparé peut être juridiquement pertinent ou persuasif, la véritable question est son *degré* de pertinence et de persuasion sur un sujet donné. Parfois, les contextes des juridictions comparées sont tellement différents que la pertinence ou l'utilité du droit comparé est presque inexistante, alors qu'à d'autres occasions, les juridictions sont suffisamment similaires ou même apparentées, de telle sorte que les principes juridiques transnationaux peuvent avoir un haut degré de persuasion devant les tribunaux nationaux.

34. Pour une analyse plus approfondie de la question, voir Han-Ru ZHOU, « A Contextual Defense of 'Comparative Constitutional Common Law' », (2014) 12 *Int'l J. Const. L.* (à paraître).

35. Christopher MCCRUDDEN, « A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights », (2000) 20 *O.J.L.S.* 499, 502 et 503.

Il semble que l'objection la plus fréquemment soulevée à l'encontre de l'utilisation du droit comparé par les tribunaux, particulièrement en matière constitutionnelle, est fondée sur les contextes sociaux (historique, politique, culturel et juridique) distincts des systèmes juridiques, de telle sorte qu'il est souvent difficile, voire impossible, d'en faire une comparaison utile et appropriée. Marie-Claire Ponthoreau écrit que : « [p]armi les écueils afférents à la méthode comparative, la 'décontextualisation' paraît être le risque le plus évident »³⁶. Selon elle, le comparatiste doit rechercher « le contexte pertinent permettant de comprendre correctement et complètement des règles juridiques étrangères »³⁷. L'importance de l'élément contextuel dans l'analyse du droit comparé est aussi présente dans la jurisprudence constitutionnelle canadienne. Par exemple, à propos de l'influence des développements constitutionnels en droit américain, le juge en chef Dickson, rendant jugement au nom de la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, souligne que :

[l]e Canada et les États-Unis ne sont pas en tous points pareils et les documents consacrant les droits de la personne dans nos deux pays n'ont pas pris naissance dans des contextes identiques. Le simple bon sens nous oblige à reconnaître que, de même que les similitudes justifieront des emprunts à l'expérience américaine, de même les différences pourront exiger que la vision constitutionnelle canadienne s'écarte de la vision américaine.³⁸

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P.G.)*, le juge Bastarache, au nom de la majorité de la Cour, écrit que :

36. Marie-Claire PONTTHOREAU, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, p. 537, à la page 558.

37. *Id.*, p. 559.

38. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 740, cité dans Beverley MCLACHLIN, « Use of Foreign Law - A Comparative View of Canada and the United States », (2010) 104 *ASIL Proc. Ann. Meeting* 491, 492.

[q]uand la solution adoptée dans d'autres pays varie ou est, sous quelque aspect pertinent, différente de la loi contestée au Canada, les mesures législatives étrangères doivent être étudiées plus attentivement afin de dégager leur objectif précis et de déterminer si cet objectif a une valeur persuasive au Canada. Non seulement le contexte social peut être complètement différent de celui qui existe au Canada, mais le contexte juridique dans lequel les mesures restreignant la liberté d'expression sont évaluées peut lui aussi être différent.³⁹

Dans cette partie, nous soutiendrons que, d'un point de vue juridique, la valeur persuasive de la common law comparée s'explique par l'existence de deux facteurs. D'abord, la réception de la tradition de common law et de ses règles et principes dans les nouvelles colonies a établi un niveau d'uniformité entre les différents systèmes juridiques. Ensuite, au moment de leur indépendance, ces anciennes colonies ont généralement décidé d'adopter une Constitution qui visait à préserver leur système juridique existant basé sur la common law. Ces deux facteurs ont créé un contexte propice au développement du recours par le Comité judiciaire du Conseil privé à la common law comparée en contexte constitutionnel.

2.1. L'unité de la common law

L'étendue de l'influence du droit anglais au sein des juridictions de common law puise son origine dans les principes traditionnels de la réception de la common law à l'étranger. De nos jours, il est généralement accepté que le droit public anglais s'étendait initialement aux colonies⁴⁰. Dans l'arrêt *Madzimbamuto*

39. *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 121.

40. Voir notamment William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England. In four books*, 8^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1778, p. 104 et 105; Bruce Harvey McPHERSON, *The Reception of English Law Abroad*, Brisbane, Supreme Court of Queensland Library, 2007, p. 18-19, 30-32, 234-255 et 326; François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel : notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 5-8; P.W. HOGG, préc., note 10, chap. 2.

v. *Lardner-Burke*, lord Reid, s'exprimant au nom de la majorité du Conseil privé, réitère la règle de réception comme suit :

The nature of the sovereignty of The Queen in the Parliament of the United Kingdom over a British colony must be determined by the constitutional law of the United Kingdom[.] [I]t has never been doubted that, when a colony is acquired or annexed, following on conquest or settlement, the sovereignty of the United Kingdom Parliament extends to that colony, and its powers over that colony are the same as its powers in the United Kingdom.⁴¹

De plus, dans les colonies de l'Amérique du Nord britannique, la réception du droit anglais était déclarée ou confirmée (ou reconfirmée) par acte de l'exécutif ou par voie législative⁴².

Avec le temps, l'influence des précédents de common law transnationaux est demeurée forte malgré la décolonisation britannique. Un exemple saisissant est l'arrêt *Robins c. National Trust Co.* Dans cette affaire, l'appelant a demandé au Conseil privé de renverser les jugements des tribunaux ontariens concernant la validité d'un testament. Devant le Conseil privé, l'appelant a invoqué un arrêt de 1922 de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Ontario qui aurait adopté une position différente de celle des tribunaux anglais. Le Conseil privé exprime ainsi la règle du précédent (*stare decisis*) applicable :

when an appellate Court in a colony which is regulated by English law differs from an appellate Court in England, it is not right to assume that the Colonial Court is wrong. It is otherwise if the authority in England is that of the House of Lords. That is the supreme tribunal to settle English law, and that being settled, the Colonial Court, which is bound by English law, is bound to follow it. [I]n the present case their Lordships do not consider it necessary to settle which of the two possible views [...] is right; they will assume, for

41. *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645, 721 et 722 (C.P.).

42. Voir B.H. McPHERSON, préc., note 40, chap. 7-9.

the purposes of this discussion, that the English rule is right.⁴³

En d'autres mots, même si le Canada et les autres Dominions avaient été officiellement reconnus dans le Commonwealth, au même titre que la Grande-Bretagne, comme étant « de statut égal et en aucune façon subordonnées l'une à l'autre pour ce qui est de leurs affaires intérieures ou extérieures »⁴⁴, le Conseil privé a continué tout de même d'appliquer les précédents de la Chambre des lords dans les affaires provenant d'une province canadienne, et ce, malgré l'existence d'une autorité contraire provenant du plus haut tribunal de cette province. De façon générale, sir Ivor Jennings a noté que tous les États indépendants du Commonwealth :

shared the general principles of English constitutional law, modified to meet local conditions and their former dependent status by Acts of Parliament or Orders in Council. Their modern constitutions have therefore been founded upon those principles. [T]hey have without exception adopted or adapted the British system of government.⁴⁵

Plus récemment, un auteur a observé qu'« il était, et est encore, commun pour une cour anglaise de référer à d'autres juridictions de common law : ainsi, même après l'abolition des appels au Conseil privé, le droit anglais influençait le droit australien et canadien (et vice-versa) »⁴⁶.

Comment pouvons-nous, du moins en droit constitutionnel, expliquer la continuation d'une influence aussi durable des

43. *Robins v. National Trust Co.*, [1927] A.C. 515, 519 et 520 (C.P.).

44. SA MAJESTÉ LA REINE, *Déclaration Balfour* (*Summary of Proceedings*), Conférence impériale, 1926, p. 14.

45. Ivor JENNINGS, *Constitutional Laws of the Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1957, p. 43.

46. Jan M. SMITS, « Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems », dans Mathias REIMANN et Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 513, à la page 522 (trad.).

précédents transnationaux de common law, longtemps après que les liens politiques et juridiques avec l'Empire britannique aient été rompus? La nature de la common law nous fournit une explication à cet égard, plus particulièrement, l'idée persistante d'une unité, du moins partielle, quant au contenu de la common law. J.W. Harris exprime l'avis que :

[c]ommon law decisions are rightly considered potential persuasive authority for any common law court in any part of the world faced with the same issue. As Lord Wilberforce stated in *Pickett's case*, any common law ruling may be taken as a *prima facie* indication that the solution arrived at has source-support and comes within the range of the *de jure* power to develop the law.⁴⁷

Harris pousse même plus loin l'idée d'une sorte d'unité au sein de la common law dans le contexte des relations entre l'individu et l'État, en référence notamment à un ensemble de règles et de principes « supra-juridictionnels et relativement intemporels »⁴⁸. Harris explique ainsi le caractère « intemporel » de ces règles et principes supra-juridictionnels :

although it is recognised, as a matter of history, that they have evolved and, as a matter of prediction, that they may change, they are conceived as embodying correct statements of a received tradition. They are not mere propositions of law valid for the moment within a particular jurisdiction.⁴⁹

Ces règles et principes supra-juridictionnels incarnent la conception dans la common law de la primauté du droit et concernent des limites juridiques « fondamentales » à l'action gouvernementale⁵⁰. Harris donne l'exemple du jugement dissident de lord Atkin dans l'arrêt *Liversidge v. Anderson*, dans lequel ce

47. J.W. HARRIS, « The Privy Council and the Common Law », (1990) 106 *L.Q.R.* 574, 599.

48. *Id.*, 588.

49. *Id.*, 588 et 589.

50. *Id.*, 590.

dernier écrit que « every imprisonment is *prima facie* unlawful and that it is for a person directing imprisonment to justify his act »⁵¹. Pour Harris, l'opinion de lord Atkin est devenue « part of the common stock of constitutional common law »⁵². À l'intérieur de ce champ limité de normes fondamentales, Harris suggère qu'il y a, en principe, une solution unique à rechercher dans la « common law supra-juridictionnelle »⁵³. Plusieurs auteurs ont aussi reconnu une notion d'unité (ou d'uniformité) dans la common law⁵⁴. Cette unité a été largement préservée lorsque la presque totalité des anciennes colonies sont devenues indépendantes.

2.2. Le modèle de Constitution de Westminster

Dans presque toutes les colonies britanniques, un système de gouvernement basé sur le « modèle de Westminster » a été éventuellement introduit. Lorsque ces colonies sont devenues indépendantes, plusieurs d'entre elles ont officialisé leur nouveau statut politique et juridique par le biais d'une Constitution visant à préserver ce modèle. Le contenu de ces Constitutions, sous forme

51. *Liversidge v. Anderson*, [1942] A.C. 206, 245 (C.L.).

52. J.W. HARRIS, préc., note 47, 589.

53. *Id.*, 599 et 600 (trad.).

54. Voir notamment H. Patrick GLENN, « The Use of Comparative Law by Common Law Courts in Canada », dans *Droit contemporain 1994: rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Athènes, 1994, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 85, aux pages 85-86, 88 et 96; Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court », (1998-1999) 34 *Tulsa L.J.* 15, 17; J.N. MATSON, « The Common Law Abroad: English and Indigenous Laws in the British Commonwealth », (1993) 42 *I.C.L.Q.* 753, 779; Esin ÖRÜCÜ, « Comparative Law in Practice: the Courts and the Legislator », dans Esin ÖRÜCÜ et David NELKEN (dir.), *Comparative Law: A Handbook*, Oxford, Hart, 2007, p. 411, à la page 415; M.-C. PONTHEUREAU, préc., note 36, p. 558; Cheryl SAUNDERS, « Judicial Engagement with Comparative Law », dans Tom GINSBURG et Rosalind DIXON (dir.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 571, à la page 576; C.L. OSTBERG, Matthew E. WETSTEIN et Craig R. DUCAT, « Attitudes, Precedents and Cultural Change: Explaining the Citation of Foreign Precedents by the Supreme Court of Canada », (2001) 34 *Can.J.Pol.Sc.* 377, 389; J.M. SMITS, préc., note 46, p. 522; G. WINTERTON, « Comparative Law Teaching », (1975) 23 *Am.J.Comp.L.* 69, 71 et 72.

de décret ou de loi du Parlement impérial, était généralement fondé sur la législation impériale pertinente de la deuxième moitié du 19^e siècle ou de la première moitié du 20^e siècle, notamment la *Loi sur la validité des lois coloniales* de 1865, le *Statut de Westminster* de 1931 et les lois constitutives des anciens Dominions.

Cette section examine les implications constitutionnelles du choix fait par ces anciennes colonies d'officialiser leur indépendance par l'adoption d'une Constitution qui a préservé leur système de common law. À cet égard, on peut identifier deux principales caractéristiques interdépendantes du modèle de Westminster tel que décrit par le Conseil privé dans l'arrêt de principe *Hinds v. The Queen*, soit la conformité de ce modèle avec la tradition de common law ainsi que le rôle important des principes sous-jacents aux Constitutions basées sur le modèle de Westminster. Nous soutiendrons que les interprétations judiciaires d'une Constitution possédant ces deux caractéristiques sont fréquemment invoquées pour interpréter une autre Constitution de Westminster. Dans ces arrêts, le Conseil privé a interprété la Constitution nationale pertinente en conformité avec son analyse dans l'arrêt *Hinds*, et ainsi inféré des principes constitutionnels généraux qui n'étaient pas spécifiquement exprimés dans la Constitution nationale, mais qui provenaient en partie de l'interprétation des Constitutions d'autres pays du Commonwealth. Ces principes ont été employés par le Conseil privé pour contrôler la validité des lois. La partie suivante se penchera sur la pertinence de cette jurisprudence du Conseil privé en contexte canadien.

Dans l'affaire *Hinds*, les appelants ont contesté la validité constitutionnelle de la *Jamaican Gun Court Act* de 1974 qui créait un nouveau tribunal, composé de trois divisions, chacune ayant compétence pour juger des infractions liées à l'utilisation d'une arme à feu. Une de ces divisions était la Full Court Division. La loi de 1974 imposait aussi une peine de détention obligatoire avec travaux forcés, pour laquelle un détenu ne pouvait être libéré que par décision du gouverneur général agissant sur la recommandation d'un comité de révision composé d'un juge et de quatre membres non-judiciaires nommés par le Premier ministre.

Rendant jugement au nom de la majorité du Conseil privé, lord Diplock identifie deux caractéristiques principales que la Constitution jamaïcaine partage avec les Constitutions des autres juridictions de common law. En premier lieu, toutes ces Constitutions ont été négociées et rédigées par des personnes « baignant dans la tradition de cette branche de la common law d'Angleterre qui concerne le droit public »⁵⁵. Selon lord Diplock, les nouvelles Constitutions sont évolutives et non révolutionnaires (« evolutionary not revolutionary »). Elles prévoient la continuité du gouvernement à travers des institutions successorales législatives, exécutives et judiciaires⁵⁶. En second lieu, il arrive souvent que les auteurs de ces Constitutions aient fait en sorte qu'une grande partie (« a great deal ») de celles-ci puisse être interprétée par implication nécessaire des matières de ces Constitutions, de sa structure et des circonstances dans lesquelles elles ont été adoptées⁵⁷.

Dans l'arrêt *Hinds*, lord Diplock identifie dans le modèle de Westminster « le concept de base de séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire tel qu'il a été développé dans la constitution non écrite du Royaume-Uni »⁵⁸. Ce concept exige que « les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire de l'État [soient] exerçables *exclusivement* par la législature, l'exécutif et le judiciaire respectivement »⁵⁹. Plus particulièrement, le pouvoir judiciaire est « investi dans des personnes nommées pour occuper une charge judiciaire de la manière et selon les termes prévus au chapitre [d'une Constitution de Westminster] traitant de la judicature, bien que cela ne soit pas expressément affirmé dans la Constitution »⁶⁰. Pour lord Diplock, ces exigences de la séparation des pouvoirs sont nécessairement implicites dans la Constitution jamaïcaine. Par conséquent, il conclut que les dispositions de la loi contestée concernant la création de la Full Court Division sont invalides dans la mesure où elles transfèrent la compétence criminelle d'un juge

55. *Hinds v. The Queen*, [1977] A.C. 195, 212 (C.P.) (trad.).

56. *Id.*

57. *Id.*, 211 et 212.

58. *Id.*, 212.

59. *Id.*, (italiques ajoutées).

60. *Id.*, 213.

de la Cour suprême aux membres de cette Division dont le degré d'inaéquivocité est moins élevé que celui d'un juge de la Cour suprême en vertu de la Constitution. Lord Diplock conclut aussi que les dispositions législatives concernant la détention obligatoire durant le bon plaisir du gouverneur général et concernant le comité de révision sont invalides, puisqu'elles transfèrent le pouvoir judiciaire de détermination de la peine à un organisme qui n'est pas compétent à exercer des pouvoirs judiciaires en vertu de la Constitution.

Dans leur jugement dissident (qui rappelle à plus d'un égard le jugement dissident du juge La Forest dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*), le vicomte Dilhorne et lord Fraser adoptent partiellement la description du modèle de Westminster faite par les juges majoritaires. Plus particulièrement, ils sont d'accord pour dire que les Constitutions rédigées par des « personnes baignant dans la common law » sont évolutives, et non révolutionnaires⁶¹. Cependant, les juges dissidents sont en désaccord avec l'opinion de la majorité voulant qu'une grande partie dans ces Constitutions doit être identifiée par implication nécessaire. Au contraire, l'existence d'une Constitution « should lead to even greater reluctance to imply something not expressed »⁶², étant donné qu'un de ses objets importants est de permettre de savoir plus facilement d'avance si une proposition législative contrevient à la Constitution⁶³. Les juges dissidents estiment donc qu'il n'y a aucune exigence implicite dans la Constitution jamaïcaine interdisant au Parlement de modifier la compétence de la Cour suprême.

Comme en contexte canadien avec le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, l'arrêt *Hinds* n'est pas la première affaire dans laquelle le tribunal national de dernier ressort a exercé un contrôle judiciaire d'une loi en vertu de principes constitutionnels implicites. Dans les années 1960, des affaires du Conseil privé ont fait l'objet d'analyses judiciaires fondées sur les implications de l'adoption d'une Constitution de Westminster, soit celle du Ceylan,

61. *Id.*, 235 et 238.

62. *Id.*, 238.

63. *Id.*, 234 et 238.

aujourd'hui devenu le Sri Lanka. *Bribery Commissioner v. Ranasinghe* et *Liyanage v. The Queen* sont deux affaires dans lesquelles la validité de certaines dispositions de la loi ceylanaise a été contestée au motif qu'elles contrevenaient à la Constitution du Ceylan. L'affaire *Ranasinghe* concerne la composition d'un tribunal anti-corruption dont les membres étaient nommés par le pouvoir exécutif et l'affaire *Liyanage* concerne une loi *ad hominem* rétroactive ayant pour but de faciliter la condamnation de personnes accusées d'avoir participé à une tentative de coup d'État.

À propos de la Constitution ceylanaise, le Conseil privé déclare que : « malgré de nombreuses divergences de détail, il est immédiatement apparent qu'elle fonde, dans ses grandes lignes, une démocratie parlementaire sur le modèle du régime constitutionnel du Royaume-Uni »⁶⁴. D'emblée, le Conseil privé reconnaît que, suivant la Constitution ceylanaise, « les tribunaux ne sont pas expressément investis du pouvoir judiciaire, contrairement à ce que l'on trouve dans le cas des États-Unis d'Amérique ou de l'Australie, par exemple »⁶⁵. Néanmoins, il déclare que « les rédacteurs de la Constitution étaient conscients qu'il importait d'assurer l'indépendance des juges et de maintenir la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire »⁶⁶. Le Conseil privé interprète les dispositions de la Constitution, ainsi que son silence sur l'attribution du pouvoir judiciaire, comme manifestant « une nette intention d'assurer que le système judiciaire sera libre de toute contrainte politique (législative ou exécutive) »⁶⁷. Suivant cette lecture « structurelle » de la Constitution, le Conseil privé interprète le processus de nomination des « officiers de justice » à l'art. 55 de la Constitution comme n'étant pas uniquement limité aux juges des

64. *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172, 190 (C.P.) (traduit dans F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 40, p. 85), citant *A.-G. of Ceylon v. de Livera*, [1962] A.C. 103, 118 (C.P.).

65. *Liyanage v. The Queen*, [1967] 1 A.C. 259 (C.P.) 286 (traduit dans F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 40, p. 144). Voir aussi *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, préc., note 64, 190.

66. *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, préc., note 64, 190.

67. *Liyanage v. The Queen*, préc., note 65, 287.

tribunaux ordinaires, mais comme incluant aussi les fonctionnaires lorsqu'ils exercent des fonctions judiciaires. Étant donné que le processus de nomination des officiers du Tribunal des délits de corruption (« Bribery Tribunal ») sous la *Ceylonese Bribery Amendment Act* de 1958 contrevient à l'art. 55, le Conseil privé conclut dans l'arrêt *Ranasinghe* que les membres du tribunal ont été nommés illégalement. Dans l'arrêt *Liyanage*, le Conseil privé invoque ce même principe constitutionnel implicite d'indépendance judiciaire afin d'invalidier une loi ceylanaise, au motif qu'elle constitue une tentative législative illégale « d'usurper le pouvoir judiciaire de la magistrature »⁶⁸.

Depuis l'affaire *Hinds*, la jurisprudence a appliqué ou approuvé le jugement de lord Diplock dans l'interprétation des constitutions des autres juridictions dont le Conseil privé est demeuré le tribunal de dernière instance⁶⁹. Par exemple, dans l'arrêt *John v. DPP*, le Conseil privé a déclaré que :

Their Lordships do not doubt for one moment that the Constitution of Dominica like other similar constitutions takes for granted the basic principle of separation of powers and they emphatically endorse what was said in this connection by the Board in *Hinds v. The Queen* in the majority opinion given by Lord Diplock.⁷⁰

Dans l'arrêt *Commissioner of Police v. Davis*, le Conseil privé a affirmé qu'une disposition législative qui augmente la peine maximale de cinq ans pour les infractions liées à la drogue, normalement jugées par les cours de magistrats (« magistrates »

68. *Id.*, 289.

69. Voir par exemple *Ahnee v. DPP*, [1999] 2 A.C. 294, 302 et 303 (C.P.); *Browne v. The Queen*, [2000] 1 A.C. 45, 48-50 (C.P.); *Thomas v. Baptiste*, [2000] 2 A.C. 1, 30 (C.P.) (lord Goff et lord Hobhouse, motifs diss.); *Reyes v. The Queen*, [2002] 2 A.C. 235, par. 44 (C.P.); *DPP of Jamaica v. Mollison*, [2003] 2 A.C. 411, 422-424 (C.P.); *Independent Jamaica Council for Human Rights (1998) Ltd v. Marshall-Burnett*, [2005] 2 A.C. 356, par. 19 (C.P.); *Griffith v. The Queen*, [2005] 2 A.C. 235, par. 24 (C.P.); *State of Mauritius v. Khoyratty*, [2007] 1 A.C. 80, par. 11, 13 et 35 (C.P.).

70. *John v. DPP*, [1985] 1 W.L.R. 657, 662 (C.P.).

courts »), des tribunaux statutaires, à une peine d'emprisonnement à perpétuité, est inconstitutionnelle et nulle au motif qu'une telle peine équivaut à un transfert inconstitutionnel de juridiction de la Cour suprême vers les cours de magistrats en vertu de l'arrêt *Hinds*⁷¹.

Bref, l'importance de la jurisprudence du Conseil privé discutée dans cette partie, et plus particulièrement, de l'arrêt *Hinds*, réside dans la reconnaissance judiciaire de l'idée d'un ensemble de principes constitutionnels de base dans la tradition de common law qui transcendent les frontières nationales entre pays du Commonwealth ayant conservé le système de common law. À partir de la prémisse que la Constitution nationale en cause était fondée sur le modèle de Westminster, le Conseil privé a exercé un contrôle judiciaire de la loi contestée sur la base des principes généralement inférés des Constitutions de Westminster. Dans les jugements discutés dans cette partie, le Conseil privé a invalidé ou écarté des dispositions législatives de droit interne qui contrevenaient indûment à ces principes. La prochaine partie examinera la contribution potentielle de la common law comparée dans le contexte de l'indépendance judiciaire au Canada.

3. L'opportunité du recours à la common law comparée en contexte canadien

À la lumière des développements subséquents au *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, il semble que l'omission des tribunaux canadiens à considérer sérieusement les autorités pertinentes du Commonwealth a appauvri d'autant leur analyse et a sans doute contribué à la réaction très divisée dans la communauté juridique suscitée par ce renvoi. Dans l'arrêt *Assoc. des juges de la Cour prov. du N.-B. c. N.-B.*, la Cour suprême du Canada a admis elle-même que le *Renvoi : juges de la Cour provinciale* n'avait « pas apporté la solution espérée »⁷². Après avoir analysé la relation entre l'exécutif et les cours provinciales dans les dix provinces canadiennes suite à

71. *Commissioner of Police v. Davis*, [1994] 1 A.C. 283, 297 (C.P.).

72. *Assoc. des juges de la Cour prov. du N.-B. c. N.-B.*, préc., note 28, par. 3.

ce dernier arrêt, Lorne Sossin a même soutenu que les comités de rémunération des juges auraient aggravé le conflit entre les pouvoirs exécutif et judiciaire⁷³. Toutefois, force est de constater que la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême sur l'indépendance judiciaire présente d'importants éléments communs avec celle d'autres systèmes de common law basés sur le modèle de Westminster. La présente partie examinera l'apport de cette jurisprudence du Conseil privé sur le débat quant à la portée de l'indépendance judiciaire en contexte canadien.

Suivant l'arrêt *Hinds v. The Queen*, on peut considérer la Constitution canadienne comme étant fondée sur le modèle de Westminster. Non seulement lord Diplock a qualifié la Constitution canadienne de la sorte⁷⁴, mais la Cour suprême reconnaît elle aussi que le « modèle de démocratie parlementaire du Parlement de Westminster [est] évoqué dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui dote le Canada d'une 'constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni' »⁷⁵.

Par ailleurs, même sans ces déclarations judiciaires, on peut raisonnablement soutenir que les deux principales caractéristiques des Constitutions suivant ce modèle s'appliquent à la Constitution canadienne : celle-ci a été négociée et rédigée par des personnes influencées par la tradition de la common law qui souhaitaient qu'elle soit évolutive, et non révolutionnaire, laissant donc une grande place pour interpréter la Constitution par implication nécessaire de ses matières, de sa structure et des circonstances dans lesquelles elle a été adoptée⁷⁶. La promulgation de la *Loi constitutionnelle de 1867* a confirmé le droit anglais en tant qu'une des principales sources ou un des principaux fondements du droit constitutionnel canadien. Peter Hogg observe que, puisque le

73. Lorne SOSSIN, « Between the Judiciary and the Executive: The Elusive Search for a Credible and Effective Dispute-Resolution Mechanism », dans Adam DODEK et Lorne M. SOSSIN (dir.), *Judicial Independence in Context*, Toronto, Irwin Law, 2010, p. 63, aux pages 67 et suiv.

74. *Hinds v. The Queen*, préc., note 55, 211.

75. *Figueroa c. Canada (P.G.)*, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 82.

76. Voir *Hinds v. The Queen*, préc., note 55, 212.

nouveau Dominion a conservé son cadre constitutionnel existant, la Constitution de 1867 « did no more than was necessary to accomplish confederation. [...] Apart from the changes needed to establish the new federation, the British North Americans wanted the old rules to continue in both form and substance exactly as before »⁷⁷. Quant à l'aspect implicite de la constitution canadienne, Hogg admet lui-même que : « The Constitution of Canada is constructed on a set of unwritten or implicit principles that have profoundly influenced the drafting of the text and that continue to influence its interpretation »⁷⁸.

Tout comme les Constitutions interprétées par le Conseil privé dans sa jurisprudence susmentionnée, la transition du Canada vers son indépendance n'a produit aucun changement apparent dans le fonctionnement de son système judiciaire. Ainsi, alors que le Conseil privé infère de ce silence dans les Constitutions de Westminster que l'ancienne position pré-indépendance continuait, l'art. 129 L.C. 1867 confirme qu'après la Confédération,

toutes les lois en force en Canada, dans la Nouvelle-Écosse ou le Nouveau-Brunswick, lors de l'union, — tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle, — toutes les commissions, pouvoirs et autorités ayant force légale, — et tous les officiers judiciaires, administratifs et ministériels, en existence dans ces provinces à l'époque de l'union, continueront d'exister [...] comme si l'union n'avait pas eu lieu [...].

De plus, comme l'ont observé plusieurs auteurs, les dispositions de la Constitution ceylanaise et de la Constitution canadienne de 1867

77. P.W. HOGG, préc., note 10, p. 1-3 et 1-4. Voir aussi H. ARTHURS, « Constitutional Courage », (2004) 49 *R.D. McGill* 1, 11; J.E.C. BRIERLEY, « Reception of English Law in the Canadian Province of Quebec », dans Michel DOUCET et Jacques VANDERLINDEN (dir.), *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 103, à la page 112; Peter H. RUSSELL, *The Judiciary in Canada: the Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987, p. 47; Walter Surma TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, 2^e éd., Toronto, McClelland and Stewart, 1975, p. 29 et 30.

78. P.W. HOGG, préc., note 10, p. 15-51 et 15-52.

concernant l'indépendance judiciaire sont très similaires⁷⁹. En particulier, ces Constitutions ne protègent pas expressément les pouvoirs et la compétence des tribunaux⁸⁰. Pour reprendre les mots du Conseil privé, on peut dire que les art. 96-101 L.C. 1867 traduisent une nette intention du constituant d'assurer que le système judiciaire serait libre de toute contrainte politique (législative ou exécutive) et que seule la magistrature soit investie du pouvoir judiciaire⁸¹.

La jurisprudence du Conseil privé démontre que, bien avant les tribunaux canadiens, d'autres tribunaux de common law ont invoqué des principes constitutionnels implicites dans l'exercice du contrôle judiciaire des lois. Dans la partie précédente, nous avons cité plusieurs autres jugements dans lesquels le Conseil privé a utilisé un raisonnement similaire pour invalider des lois contrevenant à l'indépendance judiciaire ou, plus généralement, à la séparation des pouvoirs, sur la base que les Constitutions de ces États étaient fondées sur le modèle de Westminster.

À notre avis, la présente analyse de la common law comparée pose un obstacle important à la position des critiques de la jurisprudence de la Cour suprême concernant la portée constitutionnelle du principe d'indépendance judiciaire. D'abord, la jurisprudence pertinente du Conseil privé nous amène à faire le constat que la position de la Cour suprême est loin d'être aussi exceptionnelle qu'on aurait pu initialement le croire. Au contraire, le Conseil privé a aussi inféré, à partir des Constitutions de Westminster, des principes généraux initialement « développés dans la constitution non écrite du Royaume-Uni »⁸², qui ont ensuite été invoqués dans l'exercice du contrôle judiciaire des lois (et des

79. Voir notamment F. CHEVRETTE et H. MARX, préc., note 40, p. 160; J. Noel LYON, « The Central Fallacy of Canadian Constitutional Law », (1976) 22 *McGill L.J.* 40, 45. Les dispositions pertinentes des Constitutions ceylanaise et canadienne sont reproduites en annexe au présent article.

80. Voir *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, préc., note 64; *Liyanage v. The Queen*, préc., note 65.

81. Voir *Liyanage v. The Queen*, préc., note 65, 287.

82. *Hinds v. The Queen*, préc., note 55, 212.

actes de l'exécutif). Cette position jurisprudentielle s'inscrit donc dans un courant plus global au sein du Commonwealth autorisant le recours à des principes constitutionnels implicites, en particulier l'indépendance judiciaire et la séparation des pouvoirs, dans l'exercice du contrôle judiciaire des lois. Dans ce contexte, le droit comparé nous oblige à prendre position sur le degré de pertinence en contexte canadien de la jurisprudence du Conseil privé en la matière, particulièrement des arrêts *Ranasinghe*, *Liyanage* et *Hinds*. Tel qu'il a été expliqué au début de la seconde partie, la pertinence du droit comparé dépend d'un critère contextuel et, en ce sens, il nous semble que, sur la question de l'indépendance judiciaire examinée dans le présent article, on peut difficilement mieux remplir ce critère. En effet, les constitutions d'où émanent les règles et principes faisant l'objet de notre comparaison partagent la même tradition juridique initialement reçue de l'Angleterre, suivent le même modèle constitutionnel et, dans une large mesure, possèdent les mêmes principes constitutionnels fondamentaux. D'ailleurs, il est intéressant d'observer que dans un arrêt rendu avant le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*, le juge La Forest, au nom de la majorité de la Cour, s'est appuyé lui-même sur l'arrêt *Ranasinghe* (et la jurisprudence du Commonwealth) pour invalider toutes les lois provinciales de la Saskatchewan au motif qu'elles n'avaient pas respecté les exigences dites quant au mode et à la forme imposées par voie législative. Le juge La Forest conclut sa discussion sur ce point en déclarant que « [c]ela a toujours été la loi dans notre pays et dans le Commonwealth en général »⁸³, quoiqu'en réalité, le caractère obligatoire des restrictions quant au mode et à la forme relève lui aussi de la constitution non écrite⁸⁴.

En somme, la Cour suprême aurait eu avantage à s'appuyer sur les arrêts du Conseil privé pour mieux étayer le bien-fondé de son interprétation concernant la portée constitutionnelle de l'indépendance judiciaire. Les dispositions de la Constitution canadienne et d'autres Constitutions de Westminster traitant de la

83. *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, 279.

84. Sur l'origine des restrictions quant au mode et à la forme, voir Han-Ru ZHOU, « Revisiting the 'Manner and Form' Theory of Parliamentary Sovereignty », (2013) 129 *L.Q.R.* 610.

judicature sont grandement similaires. Compte tenu de ces similitudes entre les textes et contextes constitutionnels des pays du Commonwealth pertinents, il ne devrait pas être surprenant que les tribunaux canadiens soient parvenus à des conclusions similaires à celles d'autres tribunaux des pays du Commonwealth. Cette similitude ajoute aussi du poids à l'idée d'une common law (constitutionnelle) unitaire supra-juridictionnelle évoquée par J.W. Harris⁸⁵.

Conclusion

Cet article a défendu l'utilité du droit constitutionnel comparé entre les juridictions de common law. Plus particulièrement, nous avons soutenu que la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé concernant l'indépendance judiciaire était hautement pertinente en droit canadien et aurait fourni à la Cour suprême un argument utile dans son analyse de la validité des lois contestées en vertu du principe d'indépendance judiciaire. D'un point de vue méthodologique, il a été suggéré que l'élément contextuel est le principal critère dans l'évaluation du degré de persuasion des autorités transnationales de common law. En conséquence, mon argument a d'abord cherché à répondre à l'exigence contextuelle.

Dans les juridictions de common law, le recours par les tribunaux à la common law comparée est enraciné dans l'histoire et la tradition et peut être expliqué de façon cohérente par la nature et la structure de la common law. Historiquement, ce recours peut remonter aux conséquences de la colonisation britannique et de la réception du droit anglais dans les territoires nouvellement acquis par la Couronne impériale. Au fil du temps, la pratique juridique, au sein de ces colonies, de référer aux autorités anglaises et du Commonwealth est devenue bien établie au point où elle a perduré même après que les liens politiques et juridiques entre les anciennes colonies et le Royaume-Uni eurent cessé d'exister. Suite à l'indépendance de ces colonies, l'une des raisons majeures de la

85. J.W. HARRIS, préc., note 47.

continuation de cette pratique est probablement liée au fait que l'indépendance a été officialisée par l'adoption d'une Constitution fondée sur le modèle de Westminster, préservant ainsi le système de common law et les principes pertinents de la constitution non écrite du Royaume-Uni. Lorsque conçus en ces termes, il peut être soutenu que les règles et les principes d'une common law transnationale peuvent avoir un haut niveau de pertinence dans la résolution de questions de droit constitutionnel interne.

Au Canada, la Cour suprême a invoqué le principe d'indépendance judiciaire afin d'invalidier ou d'écarter des lois. L'arrêt de principe en droit canadien est le *Renvoi : juges de la Cour provinciale* dans lequel la Cour a invalidé des lois de trois provinces, notamment sur la base qu'elles contrevenaient au principe constitutionnel implicite ou non écrit d'indépendance judiciaire. Bien que le jugement majoritaire dans cette affaire ait été grandement critiqué, la jurisprudence subséquente a maintenu la conception de l'indépendance judiciaire développée dans ce jugement. Nous avons soutenu que l'analyse judiciaire canadienne dans ce domaine controversé illustre les risques de négliger l'étude sérieuse de la common law comparée en droit constitutionnel. Cette proposition est bien exprimée par Cheryl Saunders lorsqu'elle écrit que :

a flawed understanding of foreign experience matters: the reasons of the court are less persuasive and the engagement with foreign law loses its educative value. And the same applies to the rejection of foreign experience on the basis of inadequate comparative analysis. In these circumstances, not only is the reasoning of the court unsound, but the opportunity for insight from comparative experience is lost.⁸⁶

La jurisprudence de la Cour suprême sur la portée constitutionnelle de l'indépendance judiciaire aurait été grandement renforcée par l'analyse des arrêts pertinents provenant de la jurisprudence du Commonwealth. L'eût-elle fait, la Cour aurait probablement pu

86. C. SAUNDERS, préc., note 54, p. 589.

limiter davantage l'ampleur de la controverse constitutionnelle que nous connaissons, en particulier considérant que les critiques de la position de la Cour suprême ont exprimé leur accord avec l'analyse en droit comparé du juge La Forest ou souligné l'absence d'analyse correspondante dans le jugement majoritaire du juge en chef Lamer⁸⁷.

De nos jours, certains juristes canadiens pourraient être favorables à l'idée de graduellement délaisser l'étude du droit comparé maintenant que le système juridique canadien a développé un imposant corpus législatif et jurisprudentiel. Mais une telle avenue serait regrettable. Comme l'exhorte la juge L'Heureux-Dubé dans un article juridique discutant des droits de la personne, mais dont les propos suivants sont également applicables à l'ensemble du droit constitutionnel :

We should not be global jurists only when constitutions are new, and then turn inward once jurisprudential principles have been developed. Changing interpretations, as well as solutions to specific problems are useful tools that apply whether there is one case interpreting a human rights provision, or one hundred. Dialogue must continue long after the rights themselves are articulated and tests for interpretation have been developed.⁸⁸

L'apport du droit comparé est d'autant plus précieux lorsque les tribunaux, les interprètes ultimes de la Constitution⁸⁹, doivent résoudre des questions constitutionnelles d'une extrême difficulté comme dans le *Renvoi : juges de la Cour provinciale*. Dans cet exercice interprétatif, le cadre constitutionnel et le langage de nos

87. Voir notamment J. GOLDSWORTHY, préc., note 30; J. LECLAIR et Y.-M. MORISSETTE, préc., note 29; R.G. RICHARDS, préc., note 31.

88. C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 54, 27.

89. Voir notamment *Crevier c. Québec (P.G.)*, [1981] 2 R.C.S. 220, 237 et 238; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 13 (j. en chef Lamer); Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 209 et 210; P.W. HOGG, préc., note 10, p. 60-10; J. LECLAIR, « Judicial Review in Canadian Constitutional Law: A Brief Overview », (2004) 36 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 543, 551.

instruments constitutionnels nationaux respectifs diffèrent, mais les défis demeurent les mêmes : « réconcilier les contraintes constitutionnelles avec les pouvoirs législatifs légitimes du Parlement et définir les limites des droits constitutionnels dans une société libre et démocratique »⁹⁰.

90. Marie DESCHAMPS, « Foreword », (2012) 1 *C.J.I.C.L.* 3, 4 (trad.).

Annexe

Ceylon (Constitution) Order in Council, 1946

Part VI "La judicature" (extraits traduits)

52. (1) Le juge en chef et les juges puînés de la Cour suprême et les commissaires d'assise seront nommés par le gouverneur-général.

(2) Chaque juge de la Cour suprême restera en fonction durant bonne conduite et ne pourra être révoqué sauf par le gouverneur-général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Représentants.

(3) L'âge de la retraite des juges de la Cour suprême sera de soixante-deux ans; mais le gouverneur-général peut permettre à un juge de la Cour suprême qui a atteint l'âge de soixante-deux ans de continuer à occuper sa charge pour une période n'excédant pas douze mois.

(4) Les salaires des juges de la Cour suprême seront déterminés par le Parlement et

Loi constitutionnelle de 1867
Partie VII "Judicature"

96. Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

99. (1) Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.

(2) Un juge d'une cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cessera d'occuper sa charge lorsqu'il aura atteint l'âge de soixante-quinze ans, ou à l'entrée en vigueur du présent article si, à cette époque, il a déjà atteint ledit âge.

100. Les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de

seront prélevés sur le Fonds consolidé.

(5) Chaque juge de la Cour suprême nommé avant la date d'entrée en vigueur de cette Partie de l'Arrêté et occupant sa charge à cette date, continuera d'occuper sa charge comme s'il avait été nommé en vertu de cette Partie de l'Arrêté.

(6) Le salaire payable audit juge ne devra pas être diminué pour la durée de sa charge.

comté (sauf les cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières sont alors salariés, seront fixés et payés par le parlement du Canada.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** LE RÔLE DU CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC DANS LE
PROCESSUS D'OUVERTURE D'UN RÉGIME DE PROTECTION À UN
MAJEUR INAPTE :POINT DE VUE DES GREFFIERS DE LA COUR
SUPÉRIEURE
- Auteur(s) :** Richard BARBE
Marie Annik GRÉGOIRE
- Revue :** RDUS, 2015, volume 45, numéro 1-2
- Pages :** 273-296
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/9927>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/9927>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LE RÔLE DU CURATEUR PUBLIC DU QUÉBEC DANS LE PROCESSUS D'OUVERTURE D'UN RÉGIME DE PROTECTION À UN MAJEUR INAPTE : POINT DE VUE DES GREFFIERS DE LA COUR SUPÉRIEURE

par Richard BARBE*
Marie Annik GRÉGOIRE**

L'ouverture d'un régime de protection au majeur inapte doit toujours être le résultat d'une décision judiciaire où le greffier de la Cour supérieure du Québec a le rôle d'adjudicateur. Une telle décision ne peut être rendue que dans l'intérêt du majeur et le greffier a pour rôle de veiller à cet intérêt.

Au même titre, le curateur public a un mandat de protection des personnes inaptes. À ce titre, il bénéficie notamment d'un pouvoir d'intervention et de surveillance lors de l'ouverture des régimes. En ce sens, une étroite collaboration entre les représentants du curateur public et les greffiers semblent un élément clé d'une protection efficiente du majeur.

La présente étude vise l'analyse, du point de vue des greffiers, de la nature du rôle dévolu aux représentants du curateur public. À cet effet, elle utilise une double approche, soit en premier lieu une analyse du cadre juridique dans lequel évoluent chacune des parties et en second lieu, une analyse des résultats obtenus lors d'une enquête effectuée auprès des greffiers de la Cour supérieure.

The establishment of protective measures on behalf of incapable adults results from a court orders, the application of which the Clerk of the Superior Court plays a fundamental role as adjudicator. Such decisions can only be rendered in the best interest of the person concerned.

The Public Curator holds a similar mandate to protect incapable individuals. Accordingly, the Public Curator enjoys powers of intervention and supervision at the inception of a regime of protective supervision. Thus close collaboration between representatives of the Public Curator and the clerks of the court would appear to be a key component in ensuring the efficient protection of adults.

This article examines from the perspective of court clerks, the nature of the role which devolves upon representatives of the Public Curator. In so doing, the writers utilize a double approach. Firstly, they examine the legal framework within which the various parties carry out their respective duties, and secondly, they report and analyze results obtained from a survey of Clerks of the Superior Court.

*. LL.M., avocat, attaché judiciaire, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le présent texte n'engage que ses auteurs et ne lie aucunement le ministère de la Justice du Québec.

**. Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal et avocate.

SOMMAIRE

1. Méthodologie	279
2. Brève description du processus d'ouverture d'un régime de protection d'un majeur inapte	282
3. Le rôle du Curateur public du Québec en tant que partenaire judiciaire du greffier	284
4. Les greffiers et le curateur public : une forte volonté de collaboration.....	286
4.1 La défense de l'intérêt du majeur dans le cadre du processus judiciaire	286
4.2 La défense de l'intérêt du majeur dans le cadre du processus judiciaire	290
Conclusion	294

Alors que l'espérance de vie augmente, le vieillissement de la population devient un phénomène démographique inexorable¹. Le vieillissement entraîne avec lui la possibilité d'une plus grande vulnérabilité et d'une perte de certaines facultés pour de nombreuses personnes². D'autres problématiques³, telle la maladie mentale, peuvent aussi contribuer à la vulnérabilité et à l'incapacité juridique d'une personne. L'altération de l'aptitude à s'occuper d'elle-même ou à prendre des décisions juridiques peut constituer une menace pour la personne en ce qu'elle ouvre notamment la porte à une possible exploitation de celle-ci. Sa sauvegarde ou celle de ses biens est compromise et des mesures de représentation doivent être envisagées. Or, tous n'ont pas l'initiative de prévoir un mandat en cas d'incapacité. Parfois, même en présence d'un tel mandat, ce dernier ne s'avère pas toujours la solution la plus appropriée à la situation particulière d'un majeur. En de telles circonstances, les régimes de protections légaux⁴ constituent la voie de protection adéquate pour les majeurs incapables.

Le *Code civil du Québec* prévoit explicitement que, sous réserve d'une disposition expresse de la loi, la capacité d'un majeur ne peut être limitée que par un jugement prononçant

-
1. À cet effet, voir la vitrine sur le vieillissement de la population de l'*Institut de la statistique du Québec*, en ligne : <http://www.bdso.gouv.qc.ca/docs-ken/flex/ken_tbl_bord_0001/tbl_bord_index.html> (consulté le 18 mars 2015) et, plus particulièrement, cette étude, en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/conditions-vie-societe/vieillessement.pdf>> (consulté le 18 mars 2015).
 2. Concernant le vieillissement de la population et les effets du vieillissement, voir: Ginette SIMONEAU, « Autonomie décisionnelle des personnes âgées selon Mars et Vénus », dans S.F.C.B.Q., vol. 301, *La protection des personnes vulnérables (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 127, à la page 137.
 3. Concernant les diverses catégories de personnes vulnérables, voir: Lucie JONCAS, « Les défis de la représentation des personnes vulnérables », dans Collection de droit 2008-09, École du Barreau du Québec, Hors série, *Justice, société et personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 67.
 4. Art. 256 et suiv. C.c.Q.

l'ouverture d'un régime de protection⁵. Or, malgré les besoins accrus en cette matière, un seul coup d'œil aux diverses banques de données juridiques montre que la jurisprudence publiée en cette matière ne foisonne pas. Ce phénomène, en apparence contradictoire, peut s'expliquer aisément. Les procédures en matière d'ouverture d'un régime de protection sont en réalité le plus souvent non contentieuses. Dans ce contexte, les décisions judiciaires en matière d'ouverture de régime de protection à un majeur ne sont pas fréquemment rendues par un juge, mais bien par un greffier de la Cour supérieure. Elles ne sont donc pas publiées⁶.

Le rôle des greffiers est déterminant en matière d'ouverture d'un régime de protection. Les professeurs Deleury et Goubau, contextualisent l'importance du rôle du greffier⁷ de la manière suivante :

Il n'y a désormais qu'une seule façon d'obtenir l'ouverture d'un régime de protection: la voie judiciaire (art. 268 C.c.Q.). La réforme de 1999, qui permet d'introduire les demandes d'ouverture des régimes de protection auprès des notaires (art. 863.4 C.p.c. et s.; art. 312 et s. n.C.p.c.), ne modifie pas ce principe fondamental puisque la décision finale appartient toujours au tribunal qui peut entériner les conclusions du notaire ou, au contraire, les rejeter et rendre des ordonnances nécessaires à la

5. Art. 154 et 268 C.c.Q.

6. Seules les demandes contestées doivent expressément être portées devant le juge, art. 863 C.p.c. Ainsi, dans les faits, les demandes non contestées procèdent devant le greffier. Le nouveau *Code de procédure civile* (ci-après « n.C.p.c. ») attribue au greffier spécial le pouvoir de juger en matière d'ouverture de régime de protection à un majeur, art. 73 n.C.p.c.

7. Notre étude concerne essentiellement l'ouverture d'un régime de protection par voie de requête présentée au greffier et non celle procédant devant un notaire.

sauvegarde des personnes concernées (art. 863.10 C.p.c.; art. 320, al. 3 n.C.p.c.)⁸.

Ainsi, peu importe le canal choisi pour présenter la demande, au tribunal⁹ ou au notaire¹⁰, la décision finale appartient toujours au tribunal, incarné par le greffier lorsque la procédure n'est pas contestée. Son rôle est primordial pour la protection des personnes inaptes puisque, dans ce processus décisionnel, le greffier doit se faire le gardien de l'intérêt¹¹ du majeur visé par la demande. Par exemple, en certaines situations où le besoin de protection du majeur résulte, dans les faits, de l'influence malsaine de la famille sur le majeur ou de conflits intrafamiliaux, il appartient au greffier de rappeler aux parties que le régime de protection doit être ouvert dans l'intérêt du majeur inapte, plutôt que dans celui de la famille, et de rendre une décision qui protège au mieux cet intérêt¹².

Par ailleurs, le législateur québécois a aussi confié un rôle de protection des personnes inaptes au curateur public du Québec¹³. C'est ainsi que ce dernier peut demander l'ouverture d'un régime de protection¹⁴ ou intervenir à tous les stades du

8. Édith DELEURY et Dominique GOUBEAU, *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd. par D. GOUBEAU, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 687, p. 635.

9. Art. 863 C.p.c.; 304 n.C.p.c.

10. Art. 863.4 C.p.c.; 312 n.C.p.c.

11. Art. 256 C.c.Q. Ce rôle est expressément prévu à l'art. 305 n.C.p.c. qui prévoit que « [d]ans l'exercice de ses fonctions dans une affaire non contentieuse concernant l'intégrité, l'état ou la capacité d'une personne, le tribunal ou le notaire doit agir dans l'intérêt premier de la personne concernée par la demande, tout en veillant au respect de ses droits et à la sauvegarde de son autonomie. »

12. Pour des exemples de telles situations, voir : *Lévesque c. Ouellet*, [1990] R.J.Q. 2607 (C.S.); *L.(G.) et R.-L.(R)*, [1996] R.D.F. 374 (C.S.); à ce sujet, voir également : François DUPIN, « Pouvoir compter sur l'intervention des organismes de l'État », dans Collection de droit 2008-09, École du Barreau du Québec, Hors série, *Justice, société et personnes vulnérables*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 121, à la page 123.

13. Voir la *Loi sur le curateur public*, RLRQ, c. C-81 (ci-après « L.c.p. »).

14. Art. 269 C.c.Q.; art. 877.1 C.p.c. (406 n.C.p.c.); art. 14 L.c.p.

processus judiciaire¹⁵. En ces matières, l'interaction entre le greffier et les représentants du curateur public est constante : le greffier doit veiller à ce que le curateur public soit bien au courant de la demande en s'assurant notamment qu'il a bien reçu signification des procédures judiciaires demandant l'ouverture du régime de protection¹⁶ et des expertises au soutien de celles-ci¹⁷. La loi prévoit également que le greffier doit aviser le curateur public du jugement prononçant l'ouverture d'un régime de protection¹⁸.

À la lumière de l'importance des rôles du greffier et du curateur public pour la sauvegarde des droits d'une personne inapte lors de l'ouverture d'un régime de protection, nous avons voulu examiner la perception des greffiers sur le rôle joué par les représentants du curateur public lors des procédures d'ouverture d'un régime de protection. Il est à noter que notre enquête s'est limitée au processus d'ouverture d'un régime de protection, le greffier n'ayant plus aucun rôle ou responsabilité suite au jugement et ne pouvant donc pas se prononcer sur le rôle du curateur public une fois le régime ouvert.

Notre étude présente donc une petite partie des résultats d'une enquête menée auprès des greffiers de la Cour supérieure du Québec¹⁹, soit celle portant sur leurs relations avec les représentants²⁰ du Curateur public du Québec.

15. Art. 13 L.c.p. Ce rôle du curateur public est d'ailleurs clarifié à l'article 394 n.C.p.c. qui prévoit que « [l]e curateur public peut, d'office et sans avis, participer à l'instruction de ces demandes. »

16. L'art. 877.0.2 C.p.c. fait référence aux demandes visées par l'art. 877 C.p.c. Voir l'art. 394 n.C.p.c.

17. Art. 877.0.2 C.p.c.; les expertises en question sont en fait les évaluations médicale et psychosociale.

18. Art. 863.3 C.p.c.; art. 336 n.C.p.c.

19. Le questionnaire comprenait 54 questions à choix multiples portant sur divers aspects reliés au travail d'attaché judiciaire, notamment l'interrogatoire du majeur, les expertises médicales et psychosociales et l'assemblée de parents, d'alliés et d'amis. Trois questions concernaient directement les interactions de greffiers avec les représentants du curateur public. Elles seront présentées dans la section portant sur les

1. Méthodologie

Les travaux menant à la présente étude ont été entrepris dans le cadre d'un mémoire de maîtrise ayant pour but de dresser un portrait fidèle du rôle et des pouvoirs de l'officier de justice lors de l'ouverture d'un régime de protection au majeur inapte²¹. La recherche effectuée aspirait à partager l'expérience professionnelle des greffiers et à observer d'un œil critique l'état actuel du droit et des pratiques encadrant l'ouverture des régimes de protection, en tenant compte des us et coutumes des divers districts judiciaires québécois. Le principal objectif était d'évaluer la protection des majeurs inaptes à la lumière du regard des officiers de justice impliqués dans ces ouvertures.

L'adjudication en matière d'ouverture d'un régime de protection au majeur inapte est l'apanage d'une poignée de juristes, officiers de justice, travaillant pour le ministère de la Justice du Québec, en tant que greffiers²² de la Cour supérieure²³. Selon le Conseil du trésor, il y avait 55 postes d'attachés judiciaires en 2012-2013 pour l'ensemble du territoire québécois²⁴. Par ailleurs, de ce nombre, tous ne sont pas assignés

résultats de notre sondage. Par ailleurs, des commentaires pouvaient toujours être formulés.

20. Avocat, notaire, curateur délégué ou autres.

21. Richard BARBE, *Rôle et pouvoirs de l'officier de justice lors de l'ouverture du régime de protection: Le majeur inapte est-il protégé adéquatement*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2014.

22. Les greffiers de la Cour supérieure du Québec travaillent pour le ministère de la Justice du Québec et appartiennent au corps d'emploi des attachés judiciaires (classe d'emploi numéro 131); pour plus d'informations concernant les divers officiers de justice, voir: Pierre-E. AUDET, *Les officiers de justice : des origines de la colonie jusqu'à nos jours*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986.

23. Rappelons que le nouveau *Code de procédure civile* (ci-après « n.C.p.c. ») attribue au greffier spécial le pouvoir de juger en matière d'ouverture de régime de protection à un majeur, art. 73 n.C.p.c. Afin d'alléger le texte, ce changement ne sera plus systématiquement rappelé.

24. Secrétariat du Conseil du Trésor, *L'effectif de la fonction publique du Québec*, Publication du Québec, 2014, disponible à, en ligne :

à rendre des jugements prononçant l'ouverture d'un régime de protection, notamment à cause du volume de dossiers de chacun des districts judiciaires, du nombre de greffiers par district²⁵ et de choix relevant de la gestion interne. Nous avons évalué le nombre de greffiers exerçant en matière d'ouverture de régime de protection à moins d'une cinquantaine²⁶.

Par ailleurs, il y a 36 districts judiciaires au Québec²⁷. Cependant, certains de ces districts n'ont pas d'employés professionnels sur place en permanence. À titre d'exemples, le district judiciaire de Lac-Mégantic est desservi par les professionnels du district judiciaire de Sherbrooke, alors que le district judiciaire de Labelle est desservi par ceux de Terrebonne.

Pour les fins de l'étude, nous cherchions une représentation conforme à la population québécoise couverte, au volume de dossiers traités et à l'expertise des greffiers participant à la recherche. Nous avons jugé qu'une méthodologie fondée sur un questionnaire écrit s'avérerait la plus efficace. En effet, il était

<http://www.tresor.gouv.qc.ca/fileadmin/PDF/effectif_fonction_publique/effectif12_13.pdf> (consulté le 18 mars 2015).

25. Il y a généralement entre un et trois attachés judiciaires par district judiciaire; certains districts ayant un plus gros volume peuvent en avoir plus; par exemple, les districts judiciaires de Longueuil et de Terrebonne en ont quatre; le district judiciaire de Montréal est l'exception, avec environ une dizaine d'attachés judiciaires; ces professionnels n'ont pas tous les mêmes nominations judiciaires et n'exercent pas tous les mêmes fonctions (greffier de la Cour supérieure, greffier de la Cour du Québec, greffier spécial de la Cour supérieure, greffier spécial de la Cour du Québec, registraire de faillite, etc.).
26. Considérant les facteurs précédemment exposés, nous devions retrancher de notre échantillon potentiel les attachés judiciaires n'exerçant pas en matière non contentieuse, ceux affectés à des tâches d'administration ou de coordination judiciaire et ceux absents pour une quelconque raison. Ainsi, un nombre restreint se qualifiait pour répondre au questionnaire élaboré dans le cadre de la recherche. Cependant, il nous était impossible de déterminer un nombre exact de greffiers exerçant effectivement de telles fonctions.
27. Pour plus d'information sur les districts judiciaires, voir, en ligne : <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/sujets/glossaire/district.htm>> (consulté le 10 novembre 2014).

onéreux de procéder à des entrevues en personne, considérant la répartition géographique des greffiers. Notre recrutement des greffiers s'est fait en deux étapes. Un premier contact téléphonique a eu lieu avec plusieurs d'entre eux afin de vérifier s'ils exerçaient²⁸ en matière d'ouverture d'un régime de protection et s'ils avaient un intérêt à participer à la recherche²⁹. Nous avons jugé que ce premier contact était nécessaire afin de s'assurer des meilleurs résultats de recherche possible. Suite à cette première démarche, 28 questionnaires ont été envoyés à travers la province à des greffiers admissibles à la recherche. Sur ce nombre, 22 questionnaires dûment complétés nous ont été retournés entre mars 2013 et mai 2013. Aucun questionnaire retourné n'a été rejeté pour les fins de l'étude. Tous les questionnaires ont été codés afin de protéger l'identité des greffiers ayant participé à l'étude. Ainsi, aucune donnée qui pourrait permettre d'identifier un participant ne sera dévoilée, y compris les noms des districts judiciaires où ces greffiers pratiquent. En effet, le ou les greffiers faisant de l'adjudication en matière d'ouverture d'un régime de protection sont aisément identifiables dans chacun des districts et dévoiler les districts judiciaires d'où proviennent les participants à la recherche équivaldrait à révéler leurs identités. Par contre, nous pouvons spécifier que la diversité des districts est respectée, les greffiers ayant participé à notre sondage représentant tant des milieux urbains que des régions plus rurales du Québec.

Nous avons la conviction que cet échantillon de 22 greffiers de la Cour supérieure du Québec nous permet de dresser un portrait fidèle de la pratique judiciaire en matière d'ouverture d'un régime de protection au majeur inapte. Les résultats de notre questionnaire nous permettent de procéder à l'analyse des pratiques judiciaires et d'établir des corrélations avec le cadre

28. Et s'ils pouvaient nous informer si leurs collègues exerçaient en droit non contentieux, le cas échéant.

29. Considérant le petit nombre d'attachés judiciaires, nous avons une connaissance de ceux exerçant dans ce champ de pratique pour avoir déjà échangé avec eux lors de formations professionnelles ou à l'occasion de réunions. Certains candidats nous ont aussi été recommandés par leurs collègues.

juridique dans lequel elles devraient s'effectuer, notamment quant à la relation entre le greffier et les représentants du curateur public lors des procédures d'ouverture d'un régime de protection à un majeur inapte.

2. Brève description du processus d'ouverture d'un régime de protection d'un majeur inapte

Tel que mentionné précédemment, le Code de procédure civile prévoit que la demande d'ouverture d'un régime de protection se fait au tribunal³⁰ ou à un notaire habilité en ce sens³¹. Cependant, puisque notre étude concerne la relation entre le greffier et le curateur public dans le cadre du processus d'ouverture d'un régime de protection, nous ne nous attarderons qu'au seul processus d'une demande déposée devant le greffier. Ce processus implique par ailleurs que la requête n'est pas contestée, auquel cas, la demande doit être transférée au juge³².

Essentiellement, toute personne qui démontre un intérêt pour le majeur, y compris le curateur public³³, peut demander l'ouverture d'un régime de protection³⁴. La requête est portée devant le greffier du district de résidence du majeur³⁵. À cette requête, doivent être jointes les expertises médicales et psychosociales qui la soutiennent³⁶. Cette requête, de même que les documents qui l'accompagnent, doit être signifiée au majeur lui-même³⁷, à une personne raisonnable de sa famille³⁸, ainsi

30. Art. 863 C.p.c.; art. 304 n.C.p.c.

31. Art. 863.4 C.p.c.; art. 312 n.C.p.c. Rappelons toutefois que même dans le cas d'une procédure introduite devant un notaire, seul le tribunal, en l'occurrence le greffier, est habilité à rendre jugement sur la demande puisqu'une demande devant un notaire est nécessairement non contentieuse.

32. Art. 863 et 863.2 C.p.c.; art. 304 n.C.p.c.

33. Art. 269 C.c.Q.; art. 877.1 C.p.c.; art. 406 n. C.p.c.; art. 14 L.c.p.

34. Art. 269 C.c.Q.

35. Art. 877 C.p.c.; art. 44 n.C.p.c.

36. Art. 276 C.c.Q.

37. Art. 877 C.p.c.; art. 393 n.C.p.c. Il est par ailleurs intéressant de noter qu'en vertu de ce nouvel article, un avis établi par règlement devra être joint à la demande « afin d'informer la personne de ses droits et de ses

qu'au curateur public³⁹. Subséquemment, le greffier doit procéder à l'interrogatoire du majeur⁴⁰ et à la convocation de l'assemblée de parents, d'amis et d'alliés⁴¹. Cette assemblée sera présidée par le greffier⁴², qui en dressera aussi le procès-verbal. Elle permettra d'entendre les proches du majeur sur la demande et de constituer le conseil de tutelle⁴³.

La requête est par la suite présentée au greffier qui rendra jugement sur celle-ci. Il faut noter que le greffier jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire et n'est aucunement lié par les conclusions de la requête. Dans l'intérêt du majeur, il peut rendre toute autre décision⁴⁴, en fonction de l'interrogatoire du majeur,

obligations notamment de son droit d'être représentée. » L'huissier devra aussi attirer l'attention de la personne sur le contenu de l'avis.

38. *Id.*; l'article 404 n.C.p.c. prévoit pour sa part que « [l]es demandes relatives à un régime de protection du majeur sont notifiées, selon le cas, à son conjoint, à ses père et mère et à ses enfants majeurs. À défaut, elles sont notifiées à au moins deux personnes qui démontrent pour le majeur un intérêt particulier. »
39. Art. 877.0.2 C.p.c.; art. 394 n.C.p.c.
40. Art. 878 C.p.c.; art. 391 n.C.p.c. Selon la Cour d'appel, il s'agit d'une garantie procédurale essentielle: *J.C. c. Québec (Curateur public)*, 2010 QCCA 1113.
41. Art. 873 C.p.c.; art. 405 n.C.p.c. (l'article spécifie bien que, lorsque la demande d'ouverture du régime a été présentée au tribunal, la convocation est faite par le greffier spécial, conformément aux pouvoirs qui lui sont dévolus dans le nouveau Code de procédure civile.) Cet avis de convocation doit être notifié aux personnes mentionnées aux articles 226 et 266 C.c.Q. et indiquer l'objet de l'assemblée de même que le lieu, le jour et l'heure où elles devront se présenter.
42. Art. 874 C.p.c.; art. 405 n.C.p.c., encore une fois, l'article spécifie que c'est le greffier spécial qui présidera l'assemblée.
43. Art. 228 C.c.Q. : Le conseil de tutelle est constitué de 3 membres, de même que de deux membres suppléants. Un secrétaire est aussi nommé afin de dresser les procès-verbaux de ses délibérations.
44. Art. 268 C.c.Q.; art. 881 C.p.c. (ce dernier article ne semble pas avoir été repris dans le nouveau *Code de procédure civile*, si ce n'est pas un nouvel article général qui spécifie que le tribunal, en matière non contentieuse concernant la capacité de la personne doit agir dans l'intérêt premier de cette personne et veiller au respect de ses droits et de son autonomie, art. 304 n.C.p.c. Ceci dit, cette omission ne peut être interprétée comme une modification du principe puisque la règle est clairement indiquée au *Code civil du Québec*).

des témoignages entendus, particulièrement lors de l'assemblée des parents, amis et alliés, ou des représentations faites au moment de la présentation de la requête. Parmi les représentations importantes, on compte notamment celles du représentant du curateur public, ce dernier pouvant intervenir à tous les stades du processus dans le but d'assurer la protection des droits du majeur⁴⁵. Une fois rendu, le jugement doit être signifié au majeur⁴⁶ ainsi qu'au curateur public⁴⁷.

3. Le rôle du Curateur public du Québec en tant que partenaire judiciaire du greffier

Le greffier a un rôle d'adjudicateur. À ce titre, ses pouvoirs d'intervention directe sont limités puisqu'il doit faire preuve d'impartialité. Or, concrètement, dans un contexte de vulnérabilité, les faits du dossier militent régulièrement en faveur d'une intervention plus spécifique pour assurer la protection des intérêts de la personne majeure. Selon notre expérience, dans bien des cas, les embûches d'un dossier ne pourront être résolues que grâce à la collaboration du curateur public. En effet, le curateur public dispose de divers pouvoirs conférés par la loi et qui lui permettent une plus grande intervention.

De manière plus précise, l'auteur Pierre Deschamps décrit ainsi les rôles et pouvoirs du curateur public lors de l'ouverture d'un régime de protection d'un majeur :

La loi reconnaît, en outre, au curateur public certains pouvoirs d'intervention. Ainsi, en vertu de l'article 13 de la loi, le curateur public *peut intervenir dans toute instance relative 1. à l'ouverture d'un régime de protection d'un majeur [...]*

[...]

La Loi sur le curateur public, dans ses multiples composantes, reflète indubitablement un souci réel de la

45. Art. 13 L.c.p.; art. 394 n.C.p.c.

46. Art. 883 C.p.c.; art. 336 n.C.p.c.

47. Art. 863.3 C.p.c.; art. 336 n.C.p.c.

part de l'État québécois de ne pas abandonner les personnes qui sont incapables de prendre soin d'elle-même ou d'administrer leurs biens à la bienveillance des membres de leur famille uniquement. Le législateur estime qu'il est dans l'intérêt de ces personnes que des mesures de protection particulières soient mises en place afin d'éviter que quiconque, membres de la famille ou tiers, n'abuse de leur vulnérabilité permanente ou passagère. Pour ce faire, il a créée (sic) l'institution du curateur public⁴⁸.

Ce dernier paragraphe illustre particulièrement bien le rôle et l'importance du curateur public⁴⁹ dans la protection des personnes vulnérables et, par le fait même, dans le processus d'ouverture d'un régime de protection. Cette réalité se reflète bien en pratique : bien que le Curateur public du Québec soit une partie⁵⁰ ou un mis en cause dans les dossiers, il ressort de notre étude que le greffier le considère généralement comme un partenaire avec lequel la collaboration est essentielle afin de veiller adéquatement à la protection de la personne vulnérable.

48. Pierre DESCHAMPS, « La confiscation des droits fondamentaux des personnes inaptes et les régimes de protection », dans S.F.C.B.Q., vol. 359, *La protection des personnes vulnérables* (2013), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 35-36 (nos italiques).

49. Les auteurs Roy et Beauchamp soulignent les « fonctions extrêmement importantes » du curateur public en matière d'ouverture d'un régime de protection et parlent même d'un rôle de « chien de garde » de ce dernier : Alain ROY et Michel BEAUCHAMP, *Les régimes de protection du majeur inapte*, 2^e éd., coll. Bleue, Série Répertoire de droit, Montréal, Chambre des notaires du Québec/Wilson & Lafleur, 2007, n° 19, p. 6.

50. Sur ce sujet, voir également : François DUPIN, « Le curateur public : mode d'emploi et interface avec les autres organismes », dans S.F.C.B.Q., vol. 182, *Pouvoirs publics et protection* (2003), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 127, à la page 138; l'auteur mentionne également, à la note de bas de page n° 21 de ce texte que « [l]e curateur public n'est en effet pas uniquement signifié de ces procédures mais peut agir comme partie à celles-ci par l'effet conjugué de l'article 13 L.c.p. »; ce texte apporte également des commentaires intéressants concernant le rôle du curateur public lors d'une administration provisoire et la surveillance des tutelles et curatelles privées, aux pages 140 et 141.

4. Les greffiers et le curateur public : une forte volonté de collaboration

À partir des pouvoirs que confère la loi au curateur public et de notre connaissance du processus judiciaire, nous avons identifié certains stades ou particularités du processus d'ouverture d'un régime de protection au majeur inapte où les greffiers pourraient souhaiter une participation active du curateur public. Il s'agit essentiellement de la sauvegarde des intérêts du majeur inapte dans le cadre du processus judiciaire et de l'assemblée de parents, d'amis et d'alliés. Nous avons donc questionné les greffiers sur ces aspects⁵¹.

4.1 La défense de l'intérêt du majeur dans le cadre du processus judiciaire

Par définition, un majeur inapte ne peut se représenter lui-même au tribunal. Dans un tel contexte de vulnérabilité, le rôle confié au curateur public s'explique d'autant que la loi ne prévoit pas que le majeur visé par une demande d'ouverture d'un régime de protection soit automatiquement représenté par avocat⁵². Par ailleurs, de par sa nature même, une requête en ouverture d'un régime de protection est rarement contestée. Le greffier doit néanmoins agir dans le seul intérêt du majeur inapte et veiller au respect de son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie⁵³. D'ailleurs, la loi lui laisse une grande latitude à

51. Trois questions portaient spécifiquement sur ce sujet. On les retrouve aux notes 63 et 69. Par ailleurs, les répondants pouvaient formuler des commentaires à tout moment.

52. Denise BOULET, « La représentation d'un majeur inapte par avocats: quand est-ce nécessaire? Comment est-ce utile? », dans S.F.C.B.Q., vol. 301, *La protection des personnes vulnérables (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 97, à la page 107; l'auteure fait référence, notamment, au fait que le législateur n'a pas prévu la représentation automatique du majeur à être protégé; toujours selon l'auteure, un avocat peut ne pas être d'accord avec les procédures en cours et être vu comme une partie ayant des objectifs contraires au meilleur intérêt du majeur concerné.

53. Art. 257 C.c.Q.

ce sujet, lui permettant notamment, même d'office, de demander la production de toute preuve supplémentaire ou l'assignation d'une personne dont il juge le témoignage utile⁵⁴. De même, comme nous l'avons mentionné, le greffier n'est pas lié par les conclusions de la demande et peut fixer un régime différent de celui indiqué dans la procédure⁵⁵. Or, un tel pouvoir décisionnel peut concrètement mettre le greffier dans une position délicate. Jusqu'où peut-il s'impliquer dans le dossier au nom de l'intérêt du majeur? Le greffier doit veiller à ne pas se retrouver dans une situation où il plaide pour autrui. Son rôle consiste en l'adjudication et non la représentation. Dans la mesure où la loi et l'intérêt du majeur visé sont respectés, il doit rendre jugement.

Dans l'hypothèse où aucun procureur n'intervient au dossier pour l'une ou l'autre des parties⁵⁶, il peut être approprié que le curateur public prenne le relais. Par exemple, nous pouvons imaginer qu'une telle représentation pourrait être particulièrement importante dans une situation où la partie requérante, voulant être nommée représentante légale du majeur, n'apparaît pas être la personne idéale pour exercer cette fonction, du moins selon les quelques renseignements recueillis au cours du processus judiciaire par le greffier. Il est tout de même possible que la preuve au dossier soit insuffisante, à elle seule, pour refuser de la désigner à titre de tuteur ou curateur. Concrètement, dans une telle situation, les seules voies légales offertes au greffier, conformément au libellé de l'article 394.1 C.p.c.⁵⁷, sont la désignation d'un procureur ou la suspension de l'instance afin qu'un procureur soit désigné:

Lorsque, dans une instance, le tribunal constate que *l'intérêt d'un mineur ou d'un majeur qu'il estime inapte est en jeu* et qu'il est *nécessaire pour en assurer la sauvegarde* que le mineur ou le majeur inapte soit représenté, il peut,

54. Art. 878.3 C.p.c.; art. 309 n.C.p.c.

55. Art. 268 C.c.Q.; art. 881 C.p.c.

56. Le majeur visé ou la personne raisonnable de sa famille.

57. Art. 309 et 160 n.C.p.c.

même d'office, ajourner l'instruction de la demande jusqu'à ce qu'un procureur soit chargé de le représenter.

Le tribunal peut aussi rendre toute ordonnance utile pour assurer cette représentation, notamment statuer sur la fixation des honoraires payables à son procureur et déterminer à qui en incombera le paiement» (nos italiques).

En pratique, notre expérience démontre qu'une telle suspension est exceptionnelle. La protection des intérêts du majeur inapte ne passe pas toujours par la nomination d'un procureur⁵⁸ ou la suspension de l'instance. En de telles situations, nous pensons qu'il ne faut pas laisser unilatéralement le fardeau au greffier de se prononcer sur l'identité du représentant, sous prétexte qu'il agit en toute indépendance et discrétion judiciaire. Des représentations sur le meilleur intérêt du majeur semblent alors nécessaires. En fait, il est d'usage que le curateur public agisse de manière ponctuelle, en vertu de son pouvoir général d'intervention⁵⁹, afin de régler une problématique relevant du besoin de représentation du majeur inapte. Aussi, nous croyons que le greffier ne doit pas hésiter à dénoncer au curateur public⁶⁰ une situation où une personne vulnérable n'est pas représentée adéquatement afin qu'il intervienne au dossier, particulièrement en l'absence du support de la famille⁶¹.

Néanmoins, nos propos ne doivent pas être interprétés comme empêchant le greffier d'intervenir et de prendre toute décision, dans l'intérêt de la personne vulnérable, et ce, malgré son rôle d'adjudicateur. Par conséquent, si la particularité du

58. Denise BOULET, « La représentation d'un majeur inapte par avocats: quand est-ce nécessaire? Comment est-ce utile? », dans S.F.C.B.Q., vol. 301, *La protection des personnes vulnérables* (2009), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 97; l'auteure explique, notamment, en quoi la représentation par avocat n'est pas nécessairement dans le meilleur intérêt du majeur; voir les pages 108 et suivantes de son texte pour des illustrations de cas.

59. Art. 13 L.c.p.

60. En pratique, les greffiers communiquent avec les procureurs du bureau régional du contentieux du curateur public, afin de leur signaler un cas où leur intervention serait souhaitable.

61. *Québec (Curateur public) c. G.M.*, 2003 CanLII 7862 (QC C.S.).

dossier l'exige, le greffier doit s'assurer que le majeur est représenté⁶² adéquatement, tout au long du processus judiciaire, même si le curateur public ne se manifeste pas. Cependant, pour tenter de conserver la plus grande objectivité, nous sommes d'avis que cette mission d'assurer une représentation adéquate du majeur devrait concrètement être assurée par le curateur public.

Devant un rôle si important, nous avons interrogé les greffiers sur leur opinion quant à la suffisance de la présence du Curateur public du Québec dans le processus judiciaire menant à l'ouverture d'un régime de protection au majeur inapte⁶³. À cette question, sur notre total de 22 répondants, seize (16) personnes ont répondu par l'affirmative, trois (3) greffiers ont plutôt répondu par la négative, tandis que trois (3) autres ont répondu ne pas savoir ou préférer ne pas répondre. Cela dit, il est intéressant de noter les commentaires de certains greffiers à ce sujet. Parmi les personnes qui affirment qu'à leur avis le curateur public est généralement assez présent dans le processus judiciaire, deux greffiers mentionnent par ailleurs qu'il pourrait tout de même être plus présent lors des assemblées de parents, d'amis et d'alliés, sujet dont nous traiterons dans la prochaine section. Une autre personne souligne que sa présence s'est améliorée depuis quelques années. Finalement, contrairement à l'interprétation envisagée de la question posée, à savoir si le greffier jouait efficacement son rôle de partenaire protecteur des intérêts du

62. Concernant la représentation des personnes vulnérables, voir : L. JONCAS, préc., note 3. Concernant ce même sujet, mais également le rôle et les pouvoirs du curateur public, voir : Alice MONET et Éric SÉGUIN, « Les échanges de renseignements confidentiels entre les établissements et le curateur public : la collaboration dans le respect des droits de l'utilisateur », dans S.F.C.B.Q., vol. 359, *La protection des personnes vulnérables (2013)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 239.

63. Cette question était formulée ainsi :
Le Curateur public du Québec est-il suffisamment présent dans le processus d'ouverture du régime de protection?
___ oui
___ non
___ ne sais pas/préfère ne pas répondre

majeur visé par la requête, un greffier a répondu par l'affirmative en mentionnant que certains représentants du curateur public sont, au contraire, trop impliqués au dossier au point de confondre leur rôle avec celui de l'adjudicateur. Il mentionne aussi ne pas apprécier les critiques faites de vive voix sur les décisions prises par le greffier et invite les représentants du curateur à procéder plutôt par le processus de révision judiciaire en cas d'insatisfaction.

Conséquemment, même si les résultats bruts de notre enquête semblent démontrer que, parmi les greffiers interrogés, près de 75 % d'entre eux considèrent que le curateur public est suffisamment présent dans le processus judiciaire, l'examen plus attentif des réponses démontre une impression plus nuancée. Nous comprenons que la collaboration entre les greffiers et les représentants du curateur public semble fort variable d'un district judiciaire à un autre. À notre avis, une collaboration optimale devrait être envisagée afin d'assurer le meilleur intérêt du majeur visé par la requête en ouverture d'un régime de protection.

4.2 L'assemblée de parents, d'amis et d'alliés

Une des étapes importantes dans le processus d'ouverture d'un régime de protection d'un majeur est l'assemblée de parents, d'amis et d'alliés. Présidée par le greffier, elle lui permet de rencontrer l'entourage du majeur visé par la demande. Plusieurs greffiers ont souligné l'importance de celle-ci: le greffier peut observer l'attitude et le comportement des personnes appelées à s'impliquer auprès de la personne vulnérable et tenter de déceler si l'entourage du majeur peut s'avérer dangereux pour la sauvegarde des droits de ce dernier, notamment à cause de conflits ou de mauvaise foi de la part de certaines personnes⁶⁴.

64. La section du questionnaire portant sur l'assemblée comportait 12 questions à choix multiples, auxquelles les greffiers étaient libres de joindre des commentaires.

Cette étape obligatoire⁶⁵ est par ailleurs un exercice purement consultatif⁶⁶, afin de favoriser «[...] l'implication et l'engagement des proches dans le processus»⁶⁷. Concernant cet exercice, M^e Dupin, avocat au Curateur public du Québec, mentionne ce qui suit :

Affaire contestée ou non en matière d'ouverture de régime, la consultation de l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis est obligatoire sur *tous les aspects* du régime de protection demandé. Ni le greffier, ni le tribunal *ne sont liés* par l'issue de ces délibérations, et ce, même si les membres de l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis *sont unanimes*.⁶⁸

Dans un contexte où la représentation du majeur est plutôt rarissime, l'éclairage de représentations émanant d'un tiers mieux au fait des tenants et aboutissants d'un dossier peut être utile à la prise de décision par le greffier. Ainsi, si le dossier démontre que la personne souhaitant se faire nommer représentant légal n'est pas adéquate, nous sommes d'avis que par ses rôles et fonctions, le curateur public devrait en aviser le greffier et les autres proches

65. Art. 276, 226 et 266 C.c.Q. La seule exception au caractère obligatoire de la tenue de l'assemblée de parents, d'alliés ou d'amis est le cas où la demande émane du curateur public et que, conformément à l'article 267 du *Code civil du Québec*, il a démontré « [...] que des efforts suffisants ont été faits pour réunir l'assemblée de parents d'alliés ou d'amis et qu'ils ont été vains [...] ». Selon les commentaires du ministre, « [c]et article vise à faciliter l'application des règles du régime lorsque la personne à protéger est isolée de sa famille ou qu'elle n'en a plus », voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 181.

66. É. DELEURY et D. GOUBEAU, préc., note 8, n° 728, p. 684.

67. L.(G.) et R.-L.(R.), préc., note 12, 10.

68. François DUPIN, « Le praticien et la protection des inaptes », dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit familial (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 53, à la page 70 (nos italiques); l'auteur cite: *In re Godbout*, C.S. Thetford Mines, n° 235-14-000083-918, 16 octobre 1991, greffier Daigle; sur le caractère purement consultatif de l'assemblée, voir également: S. c. S., [1998] n° AZ-50188279 (C.S.).

du majeur visé. Il peut être alors utile qu'un représentant du curateur public soit présent à l'assemblée.

Aussi, le greffier n'intervient pas sur les aspects techniques et réglementaires relevant de l'administration du curateur public et sur les normes à suivre par les personnes désignées représentants légaux ou membres du conseil de tutelle, une fois le régime de protection ouvert. Il nous semble nécessaire que des représentants du curateur public soient présents aux assemblées, afin d'éclairer ses membres concernant les questions pouvant avoir une incidence sur les délibérations de celle-ci. Ainsi, les personnes présentes pourraient prendre des décisions mieux éclairées concernant leur implication personnelle et celle d'autres proches dans le processus en cours.

Devant ces constats, nous avons questionné les greffiers sur l'implication des procureurs du curateur public lors des assemblées de parents, d'alliés ou d'amis⁶⁹. Parmi les 22 répondants à notre questionnaire, aucun greffier n'exige la présence d'un représentant du curateur public dans tous les cas ou dans une majorité de cas. Quatre greffiers ont répondu qu'ils n'ont jamais à exiger la présence du représentant, notamment parce qu'il se présente de lui-même, sans qu'il soit nécessaire de l'exiger. À cet effet, il appert que, dans certains districts

69. Les questions posées étaient :

1) Exigez-vous la présence d'un représentant du Curateur public du Québec lors de l'assemblée?

- ☐ dans tous les cas
- ☐ dans la majorité des cas
- ☐ rarement
- ☐ jamais
- ☐ sur demande seulement
- ☐ selon la particularité du dossier

2) Est-il, à votre avis, souhaitable qu'un représentant du Curateur public du Québec soit présent à l'assemblée afin de répondre aux questions des membres?

- ☐ oui
- ☐ non
- ☐ sur demande seulement
- ☐ selon la particularité du dossier

judiciaires, les intervenants du curateur public se présentent systématiquement aux assemblées. La pratique à cet effet semble très variable à l'échelle de la province. Treize personnes, soit plus de la moitié des greffiers interrogés, ont répondu que l'exigence variait selon la particularité du dossier, mais cinq greffiers ont spécifié qu'ils devaient en faire eux-mêmes la demande, notamment afin que le curateur explique sa demande d'être nommé représentant légal. Les commentaires ajoutés par les greffiers démontrent par ailleurs une forte volonté de la part des greffiers interrogés qu'un représentant du curateur public soit présent dans les dossiers plus complexes ou lorsque les tensions familiales sont assez importantes.

Par ailleurs, quatorze répondants, soit près des deux tiers des greffiers interrogés, ont mentionné qu'il serait souhaitable qu'un représentant du Curateur public du Québec soit présent de manière systématique aux assemblées de parents, d'alliés ou d'amis, afin de répondre aux questions des membres présents. Les huit autres ont indiqué qu'ils aimeraient pouvoir compter sur cette présence sur demande ou selon la particularité du dossier. Aucun greffier n'a mentionné ne souhaiter, en aucun cas, la présence des représentants du curateur public. Ainsi, aucun greffier interrogé ne considère la présence d'un représentant du curateur public lors de l'assemblée comme une nuisance, bien au contraire.

Nous pouvons conclure des réponses obtenues, que le Curateur public du Québec, via un de ses représentants, est généralement absent aux assemblées de parents, d'alliés ou d'amis, bien que la situation soit différente dans quelques districts judiciaires. Nous constatons également que les greffiers interrogés souhaiteraient qu'il en soit autrement et qu'il est ainsi dommage que ce rôle du curateur public ne soit pas plus exercé.

Notre expérience démontre que les personnes présentes aux assemblées ont généralement des questions concernant l'administration des régimes de protection, les formalités à respecter et le rôle de surveillance du curateur public et que sa présence n'est ainsi jamais inutile. Ainsi, en son absence, le

greffier est laissé à lui-même, pour répondre aux interrogations et préoccupations des membres de l'assemblée sur les rôles et pouvoirs dévolus au représentant légal et au conseil de tutelle, alors que ceux-ci ne relèvent pas du rôle d'adjudicateur du greffier. Ce dernier n'exerce aucun rôle de surveillance de l'administration par le représentant légal du majeur inapte. Il n'est donc pas le meilleur interlocuteur sur ces questions.

Conclusion

Même si leurs rôles respectifs visent à veiller au respect des droits d'un majeur visé par une demande d'ouverture d'un régime de protection et à la plus grande sauvegarde de son autonomie, dans les faits, le greffier et le curateur public ont chacun un rôle différent à jouer. Adjudicateur, le rôle du greffier se veut objectif. Il agit à la fois comme président de l'assemblée de parents, amis et alliés et rend jugement sur la demande d'ouverture d'un régime de protection. Bien que la loi l'oblige à n'avoir pour critère que le seul intérêt du majeur, il peut lui être difficile de remplir ce rôle en ne se fiant qu'à sa seule intuition ou perception. En ce sens, le curateur public constitue un allié important. Or, les résultats de notre enquête semblent démontrer que pour une majorité des greffiers, les interventions du curateur public, lorsqu'il se prévaut des prérogatives conférées par la loi, permettent de bien remplir cette fonction. En ce sens, lorsqu'un dossier démontre des particularités qui pourraient compromettre la sauvegarde des droits du majeur visé par la demande, il semble que les greffiers puissent compter sur la présence des représentants du curateur public, soit d'office ou à leur demande expresse.

Par ailleurs, il est clair que pour quelques greffiers les représentants du curateur public pourraient être plus présents à certains stades de la procédure, notamment dans certains dossiers où l'entourage du majeur ou les circonstances dans lequel il se trouve demandent une attention particulière. Il semble clair que dans de tels cas, certains greffiers souhaiteraient être mieux épaulés par le curateur public parce qu'ils se sentent

limités dans leur rôle de défense des intérêts du majeur inapte par leur fonction d'adjudicateur.

Nous nous sommes demandés si cette préoccupation soulevée explicitement par certains greffiers pouvait relever d'un manque d'expérience professionnelle qui engendrant une forme d'insécurité. Or, en recoupant notre question sur leur opinion quant à la suffisance de la présence du curateur public dans le processus d'ouverture d'un régime de protection avec une question portant sur le nombre d'années d'expérience des greffiers en matière d'ouverture de régime de protection, nous ne pouvons conclure que la remise en cause du rôle effectif joué par le curateur public puisse être liée à l'absence d'expérience professionnelle. En effet, tous les greffiers ayant répondu d'une manière mitigée à cette question cumulaient, sauf un, plus de 5 ans d'expérience professionnelle. Nous soumettons donc que le souhait d'une meilleure concertation puisse être déterminé par les pratiques prévalant au sein du district judiciaire particulier du greffier, bien que nous ne puissions le vérifier.

Par ailleurs, si dans le cadre du processus judiciaire *per se*, les greffiers sont généralement satisfaits de la représentation effectuée par le curateur public, il semble qu'ils apprécieraient qu'il contribue davantage à structurer l'environnement du majeur inapte. En effet, de nombreuses formalités sont prévues afin d'assurer un contrôle des faits et gestes du tuteur ou curateur désigné. On retrouve notamment parmi celles-ci, l'obligation de transmettre au curateur une copie de l'inventaire des biens confiés à sa gestion dans les deux mois de l'ouverture du régime⁷⁰. De même, annuellement, le tuteur ou le curateur devra aussi lui transmettre un rapport concernant sa gestion⁷¹. Or, de telles tâches, qui s'ajoutent à la représentation au jour le jour du majeur, peuvent être lourdes pour certaines personnes. Il apparaît donc important que ceux qui se proposent à titre de tuteur ou de curateur, selon le cas, soient bien au fait des responsabilités qui

70. Art. 20 L.c.p.

71. *Id.*

leur incombent. Or, l'assemblée des parents, amis ou alliés étant appelée à se prononcer sur l'identité du représentant au majeur à être désigné par le tribunal, nous croyons que les candidats et autres membres de l'assemblée devraient être informés dès ce moment des formalités et responsabilités inhérentes à la tâche de représentant et de membre du conseil de tutelle. Notre expérience démontre d'ailleurs que les membres de la famille profitent de cette assemblée pour s'enquérir des responsabilités de chacune des personnes impliquées, du représentant du majeur aux membres du conseil de tutelle. Or, n'étant pas titulaires d'un droit de surveillance suite à l'ouverture du régime, les greffiers ne semblent pas se considérer comme les bons interlocuteurs à cet effet et nos résultats montrent qu'ils souhaitent que le curateur participe à cette assemblée. D'ailleurs, il faut mentionner qu'une telle tâche pourrait relever du curateur public en vertu de son devoir d'informer « les tuteurs et curateurs qui le requièrent de la façon de remplir leurs obligations »⁷².

En bref, appelés à jouer un rôle de protection du majeur inapte, la majorité des greffiers ne souhaitent qu'une implication effective et active du curateur public. Nous ne pouvons que souhaiter que certaines bonnes pratiques d'intervention et de présence systématiques qui ont cours dans certains districts judiciaires puissent s'uniformiser dans l'ensemble des districts. À ce titre, il nous apparaît dommage que le nouveau *Code de procédure civile* n'ait pas davantage insisté sur les rôles de protection dévolus à chacun des intervenants. Il nous semble que le législateur a ainsi manqué une belle occasion de prôner encore davantage la sauvegarde des intérêts des majeurs vulnérables.

72. *Id.*

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA RECONNAISSANCE DU DROIT DE NÉGOCIATION ET DE GRÈVE ÉTUDIANT :FONDEMENT « RÉPUBLICAIN » ET TRADUCTION JURIDIQUE INSPIRÉE DU DROIT DU TRAVAIL

Auteur(s) : Guillaume ROUSSEAU
Rémi DANYLO

Revue : RDUS, 2015, volume 45, numéro 1-2

Pages : 297-354

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9928>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9928>

Page vide laissée intentionnellement.

LA RECONNAISSANCE DU DROIT DE NÉGOCIATION ET DE GRÈVE ÉTUDIANT : FONDEMENT « RÉPUBLICAIN » ET TRADUCTION JURIDIQUE INSPIRÉE DU DROIT DU TRAVAIL

par Guillaume ROUSSEAU*
Rémi DANYLO**

En 2012, et dans une moindre mesure en 2015, suite à des décisions gouvernementales prises sans l'accord du mouvement étudiant, des grèves étudiantes ont fait l'objet d'injonctions interlocutoires provisoires, ce qui a engendré des tensions et de la violence. Dans ce contexte, nous proposons d'étudier la possibilité que soit reconnu un droit de négociation et de grève étudiant, de manière à éviter que de telles injonctions puissent être ordonnées. Une première partie vise à démontrer qu'une telle reconnaissance pourrait trouver un fondement théorique dans la tradition du républicanisme. Une deuxième partie vise à explorer comment cette reconnaissance pourrait se traduire sur le plan juridique en s'inspirant du droit du travail, plus précisément du droit régissant les relations entre le gouvernement et les employés du secteur public.

In 2012 and to a lesser extent in 2015, following decisions taken by the provincial government without consulting the student movement, the resulting student strikes have been the object of interlocutory injunctions, the effects of which were to provoke tensions and acts of violence. In this context, the writers propose recognizing bargaining powers and the right to strike for students as a means of avoiding the issuance of injunctions of this type. The purpose of the first part of the article is to demonstrate that such recognition could theoretically be founded on the tradition of republicanism. In the second part, the writers explore how that recognition could be inspired by a labour law model, more specifically the law governing relations between the government and its public sector employees.

*. Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

** . Avocat, Diplômé du baccalauréat et de la maîtrise en common law et droit transnational de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, co-auteur de la deuxième partie du présent article.

SOMMAIRE

Introduction	299
I. Le républicanisme: fondement théorique possible à la reconnaissance d'un droit de négociation et de grève étudiant	302
A. Les premières vagues du républicanisme et leur postérité : des origines de la citoyenneté au citoyen- étudiant	304
B. Le républicanisme aujourd'hui et ici: le mouvement étudiant entre postmodernité et québécoisité	316
II. La traduction juridique d'un droit de négociation et de grève étudiant inspirée du droit du travail : de la négociation nationale à l'encadrement procédural	330
A. Vers une convention collective nationale et des conventions collectives locales	332
B. Vers un encadrement procédural de la grève étudiante	346
Conclusion générale	352

Introduction

En 2012, en raison de l'annonce d'une hausse des frais de scolarité, la plus longue grève étudiante de l'histoire du Québec a donné lieu à une véritable crise sociale. Au cours de cette crise, sans trancher sur le fond, des juges ont émis des injonctions interlocutoires provisoires visant à mettre fin à des grèves étudiantes. Plusieurs de ces injonctions ne furent pas respectées et eurent pour effet d'envenimer le conflit. En 2013, suite à un sommet sur l'enseignement supérieur, le gouvernement a imposé l'indexation des frais de scolarité malgré l'opposition du mouvement étudiant à cette mesure. En 2014-2015, dans le contexte d'une politique de rigueur budgétaire, aussi appelée austérité, le gouvernement a choisi de pratiquement tripler les frais de scolarité des étudiants français inscrits au baccalauréat, soit de loin le principal contingent d'étudiants étrangers au Québec. Parallèlement, d'importantes compressions dans les budgets des universités et des cégeps ont été annoncées et elles affecteront forcément les services aux étudiants. Le printemps 2015 a aussi été marqué par des grèves étudiantes.

Vu les nombreux précédents judiciaires du printemps 2012, et dans une beaucoup moindre mesure du printemps 2015, il est à craindre que les prochaines grèves étudiantes fassent rapidement l'objet d'injonctions interlocutoires et que celles-ci engendrent de la violence, comme ce fut le cas ces années-là¹. Afin d'éviter qu'une

Les auteurs tiennent à remercier Marc Chevrier, professeur à la Faculté de science politique et de droit de l'UQAM, pour ses commentaires sur une version antérieure du présent article. Ils tiennent également à remercier Me Finn Makela, professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke, Me Christian Brunelle, professeur à la Faculté de Droit de l'Université Laval, Me Louis-Philippe Lampron, professeur à la Faculté de Droit de l'Université Laval, Me Philippe-André Tessier, Me Chantale Bouchard, Me Pierre Brun et Me Marc-Antoine Cloutier, Président du conseil d'administration de la Clinique juridique Juripop, pour leurs nombreux commentaires sur une version préliminaire d'une étude dont certaines parties ont inspiré la deuxième partie du présent article : Guillaume ROUSSEAU, Marie Danielle ALARIE et Rémi DANYLO, *La grève étudiante à la lumière du droit: de l'impasse judiciaire aux solutions politiques*, Clinique juridique Juripop de l'Estrie, 2013. Ils remercient

telle situation ne se reproduise à l'avenir, il importe de se questionner et d'envisager différents moyens qui pourraient être utilisés dans le but de clarifier la situation.

D'importantes réflexions ont déjà été menées par nombre de juristes ou de théoriciens de droit. Certains ont défendu la thèse de l'existence d'un droit de grève étudiant découlant de libertés constitutionnelles². Bien que cette thèse soit renforcée par un récent jugement de la Cour suprême qui constitutionnalise le droit de grève³, comme ce jugement vise des travailleurs et non des étudiants, il ne règle pas la question du droit de grève étudiant. C'est pourquoi les réflexions d'autres auteurs, qui prônent une modification au contrat étudiant-établissement qui mettrait les grèves étudiantes à l'abri des injonctions, demeurent pertinentes⁴;

également Jean-Christophe Canuel, Virginie Bourgeois, Annie Germain et Samuel Tanguay, étudiants à la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke, pour leur aide à la recherche et Françoise Leclerc pour son aide en matière de révision et de correction. Les auteurs demeurent toutefois responsables de toute erreur, le cas échéant.

1. Un article de Gabrielle Duchaine rapporte que « Dans certains cégeps, dont celui de Lionel-Groulx sur la Rive-Nord de Montréal, des scènes de grande violence ont éclaté entre les élèves détenteurs d'injonctions et les « carrés rouges » qui tenaient les piquets de grève » : Gabrielle DUCHAINE, « Laurent Proulx abandonne le cours pour lequel il a obtenu une injonction », *La Presse*, 8 juin 2012, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/dossiers/conflit-etudiant/201206/08/01-4533078-laurent-proulx-abandonne-le-cours-pour-lequel-il-a-obtenu-une-injonction.php>> (site consulté le 4 janvier 2014). Voir aussi : COMMISSION SPÉCIALE D'EXAMEN DES ÉVÉNEMENTS DU PRINTEMPS 2012, *Rapport de la Commission spéciale d'examen des événements du printemps 2012*, Gouvernement du Québec, 2014 (Présidé par Serge Ménard), p. 123 à 126.
2. Christian BRUNELLE, Louis-Philippe LAMPRON et Myriam ROUSSEL, « La liberté d'expression en contexte de crise : le cas de la grève étudiante », (2012) 53 C. de D. 831, 833; ASSOCIATION DES JURISTES PROGRESSISTES, « Grève étudiante : perspectives juridiques et historiques », février 2013, en ligne : <<http://ajpquebec.org/wp-content/uploads/2013/02/ajp-greve-etudiante.pdf>> (site consulté le 28 décembre 2014).
3. *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4.
4. Finn MAKELA, *Recherche sur le droit de grève étudiant au Québec*, FEUQ, 2014. Guillaume ROUSSEAU et Marie Danielle ALARIE, « Contribution à la réflexion sur la grève étudiante et le droit des contrats: ou comment concilier l'autonomie des individus, des associations et des

tout comme celles relevant de la théorie du droit qui voient dans les grèves étudiantes des manifestations d'un ordre juridique concurrent à l'ordre étatique⁵. Cela dit, aucune de ces contributions ne repense radicalement l'ensemble du cadre légal entourant les relations entre le gouvernement et le mouvement étudiant. C'est ce que le présent article se propose de faire.

Plus précisément, il s'inscrit dans la suite de la commission Ménard sur les événements du printemps 2012, qui recommandait la reconnaissance législative d'un droit de grève étudiant, et de l'idée du Barreau du Québec consistant à étudier la possibilité de réformer le droit des associations étudiantes, plus particulièrement ce qui concerne les relations avec le gouvernement, en établissant des « cadres qui pourraient s'inspirer, par exemple, des lois en matière de relations de travail »⁶. Pour ce faire, nous proposons d'analyser l'option de reconnaître législativement et d'encadrer légalement un droit de négociation et de grève étudiant en s'inspirant du droit du travail. Il ne s'agit pas de prétendre que le statut d'un étudiant est le même que celui d'un travailleur. Il existe des différences entre un étudiant et un travailleur, par exemple eu égard au lien de subordination ou à la durée du statut. Cependant, comme nous le verrons, ces différences n'ont pas empêché le législateur de s'inspirer directement du droit du travail lorsqu'il a encadré législativement les associations étudiantes.

établissements » (à paraître). Surtout que l'idée contenue dans cet article et dans une étude des mêmes auteurs (G. ROUSSEAU, M. D. ALARIE et R. DANYLO, préc.) a inspiré directement le règlement adopté par le Cégep de Sherbrooke pour encadrer les grèves étudiantes : Cégep de Sherbrooke, Règlement sur la suspension d'activités, la fermeture du cégep et d'autres mesures visant à atténuer les effets préjudiciables d'une grève et; Isabelle PION, « Adoption d'un nouveau règlement : le cégep veut mieux encadrer les grèves étudiantes » *La Tribune*, 14 mars 2015.

5. Mathieu JEAN, « L'autopsie d'une crise de légitimité : la grève étudiante de 2012 et l'État », (2014) 55 *C. de D.* 417.
6. COMMISSION SPÉCIALE D'EXAMEN DES ÉVÉNEMENTS DU PRINTEMPS 2012, préc., note 1, p. 134 et BARREAU DU QUÉBEC, communiqué, « Conflit entre l'État et les étudiants – Le Barreau du Québec souhaite que l'on donne une nouvelle chance aux pourparlers », 16 mai 2012, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/communiques/2012/05/16-etudiants>>.

Mais d'abord, il importe d'exposer ce qui nous semble être un fondement théorique possible à la reconnaissance d'un droit de négociation et de grève étudiant. Ce fondement, nous le trouvons dans la riche tradition de la pensée républicaine qui, comme nous le verrons, connaît un puissant renouveau depuis quelques années au Québec. Dans une première partie, nous explorons donc ce possible fondement, qui répond au pourquoi. Dans une deuxième partie, nous nous attardons au comment, en exposant de quelle manière une telle reconnaissance pourrait se traduire de manière concrète et conforme au républicanisme.

I. Le républicanisme : fondement théorique possible à la reconnaissance d'un droit de négociation et de grève étudiant

Les injonctions interlocutoires provisoires prononcées à l'encontre de votes de grève étudiants peuvent être associées au libéralisme⁷. Elles reposaient sur l'existence d'un contrat individuel entre l'étudiant et l'établissement d'enseignement⁸. Or, le contrat individuel est l'un des fondements du libéralisme économique particulièrement depuis le XIX^e siècle⁹. Et ces injonctions visaient à faire primer un droit individuel, celui d'avoir accès à ses cours, alors que les droits individuels et leur primauté sont au cœur du libéralisme politique au moins depuis John Locke¹⁰.

7. À ce sujet voir : M. JEAN, préc., note 5, p. 426 et Stéphane Kelly pour qui le carré vert, signe des opposants à la grève, « symbolisait le “droit à avoir accès à ses cours”, conception plus libérale que républicaine, suggérant que l'école prodigue des services à des clients » : Stéphane KELLY, « Famille, Différentialisme et républicanisme au Québec », (2013) 34-1 *La Revue Tocqueville* 137, 153.

8. Voir notamment : *Béchar d. Université du Québec à Montréal*, 2012 QCCS 2134; *Combey c. Cégep de Saint-Laurent*, 2012 QCCS 1731; *De Montigny c. Université du Québec en Outaouais*, 2012 QCCS 1919; *Michaudville c. Cégep de St-Laurent*, 2012 QCCS 1677; *Lessard c. Cégep de Sherbrooke*, 2012 QCCS 1669; *Morasse c. Université Laval*, 2012 QCCS 1565.

9. Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 1-6.

10. John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1984.

Comme dans la dernière décennie du XX^e siècle le républicanisme est devenu la principale proposition alternative face au libéralisme¹¹, c'est tout naturellement que nous nous penchons sur le républicanisme pour trouver un fondement théorique possible à la reconnaissance d'un droit de négociation et de grève étudiant qui primerait sur le droit individuel d'avoir accès à la prestation de cours prévu au contrat individuel.

Le républicanisme étant une tradition de pensée diverse et variée, il ne saurait être question de le définir simplement pour ensuite appliquer cette définition au cas de cette reconnaissance. Nous comptons plutôt nous inspirer de l'analyse historique du républicanisme de John G. A. Pocock, de celle de Peter J. Smith et dans une moindre mesure de celle de Serge Audier¹², tout en puisant directement dans les œuvres de penseurs ayant influencé l'idéal républicain, d'Aristote à Martin Luther King Jr., et dans des textes récents d'auteurs québécois portant sur le républicanisme. Nous le faisons en insistant sur certaines des idées associées au républicanisme qui semblent les plus pertinentes à notre époque, particulièrement eu égard à la reconnaissance possible d'un droit de négociation et de grève étudiant. Il ne s'agit pas de faire une analyse en profondeur de la pensée de tous les grands auteurs républicains. Il s'agit plutôt de souligner certaines constances ou évolutions dans la pensée républicaine et d'établir des liens entre

-
11. Samantha BESSON et José Luis MARTÍ, « Law and Republicanism : Mapping the Issues », dans S. BESSON et J. L. MARTÍ (dir.), *Legal Republicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 3.
 12. John Greville Agard POCK, *The Machiavellian Moment : Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, Princeton University Press, 1975; Serge AUDIER, *Les théories de la république*, Paris, La Découverte, 2004 et Peter J. SMITH, « Le désaveu postmoderne du républicanisme », (2001) 20-1 *Politique et Sociétés* 69. C'est entre autres parce que nous nous inspirons de l'analyse contenue dans ce dernier texte que des auteurs ou des courants importants du républicanisme, comme Phillip Pettit et le néo-républicanisme, qui ne sont pas couverts par cette analyse ne le sont pas non plus par le présent article. Cela dit, outre deux auteurs québécois, lorsqu'un auteur non couvert par cette analyse nous est apparu essentiel à notre argumentation et qu'il figurait dans l'ouvrage de Serge Audier, comme c'est le cas pour Léon Duguit, nous y avons fait référence dans le présent article.

des éléments de cette pensée et le mouvement du printemps 2012 ou, en conclusion de notre première partie, avec l'hypothèse de la reconnaissance législative d'un tel droit.

Dans cette optique, nous nous attardons aux premières vagues du républicanisme et à ce que nous percevons comme une partie de leur postérité, avant d'en faire autant à l'égard de développements plus récents relatifs à la pensée républicaine.

A. Les premières vagues du républicanisme et leur postérité : des origines de la citoyenneté au citoyen-étudiant

À la suite de Peter J. Smith, nous divisons notre propos sur la pensée républicaine des origines et sur une partie de sa postérité en nous référant à deux vagues du républicanisme et à une phase de transition entre la deuxième et la troisième vague. La première, qui valorise la participation citoyenne et l'intérêt public, s'appuie sur Aristote, Cicéron et Rousseau. La seconde, qui insiste sur la loi comme outil de liberté et sur le caractère potentiellement bénéfique des conflits et des contrepoids, est associée à Machiavel, Montesquieu et aux révolutionnaires américains. La phase de transition est marquée par les associations et la solidarité; par Tocqueville et Duguit.

1. La participation citoyenne et l'intérêt public au cœur de la première vague du républicanisme

La première vague du républicanisme peut être associée à la prémisse d'origine aristotélicienne selon laquelle l'Homme étant doté de la parole, il est par nature un animal politique (*zoon politikon*) qui ne peut se réaliser pleinement qu'en participant à titre de citoyen à la société politique¹³. C'est pour cette raison qu'on peut faire remonter à Aristote la valeur centrale pour la pensée républicaine que constitue la participation citoyenne. Là ne s'arrête

13. ARISTOTE, *La politique*, Paris, PUF, 1983, p. 16; P. J. SMITH, préc., note 12, p. 72 et 86.

pas la contribution du penseur grec au républicanisme, puisque son analyse des régimes politiques l'amène à préférer les gouvernements qui ont pour objet le bien commun ou l'intérêt public, par opposition à l'intérêt particulier; il nomme d'ailleurs « république » l'État « où la multitude gouverne pour l'utilité publique »¹⁴. Ici aussi, il s'agit d'une des principales valeurs toujours considérées comme étant proprement républicaines.

Un autre auteur associé au républicanisme de l'Antiquité insiste lui aussi sur l'importance que le pouvoir soit exercé dans l'intérêt du peuple: il s'agit de Cicéron. Pour lui, « une cité qui n'est autre chose qu'un peuple organisé, un État (...) doit avoir pour durer un gouvernement qui veille sur lui ». La chose publique (*res publica*) est donc la chose du peuple (*res populi*), soit « un groupe nombreux d'hommes associés les uns aux autres par leur adhésion à une même loi et par une certaine communauté d'intérêts »¹⁵. La cause première de ce groupement serait une sociabilité naturelle; ce qui est à la fois proche et distinct d'une autre origine possible de la République, soit la faiblesse de l'individu laissé à lui-même que l'on retrouve dans la conception platonicienne¹⁶. Selon Cicéron, les hommes formant naturellement un peuple étant égal en droit et ayant des intérêts communs, il devrait résulter d'une telle association l'harmonie politique (*concordia ordinum*) et non le conflit (*concordia discors*). Dans cet esprit, il prône une participation du peuple limitée : « Le peuple donne ses suffrages, il crée des magistrats investis du pouvoir de commander, on le sollicite », mais il est « exclu du commandement, des délibérations sur les affaires publiques, des tribunaux composés de juges choisis », autrement dit, des trois branches du pouvoir¹⁷.

14. *Id.*, p. 96.

15. CICÉRON, *De la République. Des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p. 30, 31 et 34.

16. Platon, *La République*, Paris, Flammarion, 2008, p. 98 et 99 : « la cité se forme parce que chacun d'entre nous se trouve dans la situation de ne pas se suffire à lui-même, mais au contraire de manquer de beaucoup de choses ».

17. Cicéron, préc., note 15, p. 33, voir également la note de Charles Appuhn à propos des trois pouvoirs à la p. 212.

La conception cicéronienne de la République se différencie à cet égard de celle de Jean-Jacques Rousseau, autre auteur majeur associé à la première vague du républicanisme¹⁸. La pensée rousseauiste est républicaine notamment en ce qu'elle valorise la participation directe des citoyens à une assemblée d'où doit émaner une volonté générale dont la loi sera l'expression. Cet « acte d'association » produit un corps composé « d'autant de membres que l'assemblée a de voix ». Autrefois, ce corps prenait le nom de « cité ». Au XVIII^e siècle, soit à l'époque de Rousseau, il prend celui de « république ». Les termes du contrat social qu'il propose sont bien connus : « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance dans la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons encore chaque membre comme partie indivisible du tout »¹⁹.

De manière particulièrement pertinente à notre réflexion, Rousseau précise que ce contrat social « renferme tacitement cet engagement, qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale, y sera contraint par tout le corps : ce qui signifie autre chose sinon qu'on le forcera à être libre »²⁰. Idéalement, les cas de désobéissance devraient être rares, car Rousseau valorise l'harmonie autour de la volonté générale porteuse de l'intérêt public plutôt que les conflits causés par des intérêts particuliers : « Plus le concert règne dans les assemblées, c'est-à-dire plus les avis approchent de l'unanimité, plus aussi la volonté générale est dominante; mais les longs débats, les dissensions, le tumulte annoncent l'ascendant des intérêts particuliers et le déclin de l'État »²¹.

Évidemment, il n'est possible de s'approcher de cette unanimité que grâce à la délibération et donc à la parole, ce qui nous ramène à Aristote et à l'importance de la participation citoyenne. D'ailleurs, c'est en se référant à ce dernier encore plus

18. P. J. SMITH, préc., note 12, p. 74 et 95.

19. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social et autres œuvres politiques*, Paris, Garnier Frères, 1975, p. 244.

20. *Id.*, p. 246.

21. *Id.*, p. 309.

qu'à Rousseau qu'une auteure associée au républicanisme et très proche de notre époque, Hannah Arendt, défend la thèse de l'implication dans les affaires politiques comme condition essentielle de l'accomplissement humain²².

Plusieurs autres éléments pourraient être associés à cette première vague du républicanisme. Ceux que nous venons d'identifier suffisent à établir de solides liens avec la grève étudiante. À notre connaissance, sauf pour quelques exceptions difficilement dénombrables, les votes tenus au printemps 2012 l'étaient dans le cadre d'assemblées générales favorisant la participation des étudiants et la délibération publique, plutôt que l'imposition d'une décision par les leaders étudiants, comme l'a illustré le rejet de l'entente conclue par ces derniers au mois d'avril²³. Ces assemblées, et surtout celles où la majorité se prononçait en faveur de la grève, prenaient tout leur sens à la lumière du fait que les étudiants peuvent être considérés comme ces animaux politiques chers au républicanisme, et non pas d'abord comme des *homo economicus* souhaitant inéluctablement terminer leurs études et entrer sur le marché du travail le plus tôt possible, comme le voudrait un schéma de pensée libéral axé sur la primauté de l'intérêt individuel. D'ailleurs, les porte-paroles étudiants, et plus largement les étudiants grévistes, avaient tendance à justifier leurs actions autant par les intérêts particuliers des seuls étudiants que par l'intérêt collectif de l'ensemble des citoyens autour du bien commun que constitue l'éducation et l'importance de son accès pour tous. Et pour la plupart d'entre eux, la crise ne pouvait se régler que de manière politique²⁴. Au contraire, les étudiants

22. Hannah ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, Paris, Pocket, 2002, p. 61-65, 73-77, 233 et 269; Jean-Fabien SPITZ, « Républicanisme et droits de l'homme », (1997) 97-5 *Le Débat* 48, 49; J. G. A. POCKOCK, préc., note 12, p. 150.

23. À ce sujet, voir notamment : M. JEAN, préc., note 5, p. 432 et 433 et Antoine ROBITAILLE, « Une entente de principe fragile est conclue entre le gouvernement et les étudiants », *Le Devoir*, 5 mai 2012, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/societe/education/349378/un-projet-d-entente-est-sur-la-table>>.

24. Voir notamment les propos du porte-parole de la CLASSE, Gabriel Nadeau-Dubois, qui au sujet du gouvernement affirmait souhaiter « qu'il

opposés à la grève invoquaient davantage leurs intérêts personnels à avoir accès à leurs cours et croyaient que l'obtention d'injonctions par des individus pouvait régler la crise²⁵. Parmi ces derniers, plusieurs souhaitaient y avoir accès même lorsqu'un vote favorable à la grève avait été tenu; alors que des étudiants grévistes souhaitaient que leur association les force à respecter la volonté exprimée en assemblée générale, d'où la pratique des lignes de piquetage et des blocus que des associations défendirent devant les tribunaux²⁶.

L'action politique des étudiants grévistes n'était pas parfaitement conforme à la philosophie de la première vague du républicanisme pour autant. Parfois, ils invoquaient leurs intérêts propres et non pas seulement l'intérêt public. De plus, Aristote, Cicéron et Rousseau avaient en tête des entités « étatiques » telles la Cité ou la République qui, bien que de tailles modestes par rapport aux grands États-nations d'aujourd'hui, avaient généralement une importance dépassant celle d'une assemblée départementale, facultaire ou même collégiale. Et la valorisation de l'harmonie voire de l'unanimité qu'on retrouve dans certains de leurs écrits, combinée à une réticence face au conflit, les éloigne aussi de l'action des étudiants grévistes qui, en causant des

comprenne qu'il doit prendre ses responsabilités pour régler ce conflit de manière politique »; Samuel AUGER, « Mobilisation étudiante : le rejet massif de l'entente confirmé », *Le Soleil*, 12 mai 2012, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/le-soleil/actualites/education/201205/11/01-4524653-mobilisation-etudiante-le-rejet-massif-de-lentente-confirme.php>>.

25. Voir par exemple les arguments du demandeur dans l'affaire *Morasse c. Université Laval*, préc., note 8, qui tournaient essentiellement autour de sa situation particulière et de l'impact de la grève sur sa personne. Au sujet de cette opposition entre étudiants grévistes ayant des positions politiques et étudiants opposés à la grève ayant des positions individualistes, voir aussi : M. JEAN, préc., note 5, p. 438 et le débat entre un étudiant favorable à la grève, parlant au nom d'une coalition d'associations étudiantes, et une étudiante opposée à la grève, parlant en son nom personnel, tenu à l'émission *Tout le monde en parle* le 26 février 2012, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=rDzKMRz6bqk>>.
26. Voir par exemple : *Louati c. Université du Québec à Rimouski*, 2012 QCCS 1728.

tensions avec les étudiants opposés à la grève et le gouvernement, a engendré ce qui a été à juste titre qualifié de « conflit étudiant ».

2. Le conflit potentiellement bénéfique, la loi outil de liberté et les contrepoids au pouvoir au cœur de la deuxième vague du républicanisme

Même s'il est plus connu pour son ouvrage *Le Prince*²⁷ que pour ses autres contributions littéraires, c'est à certaines de ces dernières que nous nous attardons dans le but de cerner l'apport majeur de Nicolas Machiavel à la pensée républicaine, plus particulièrement à sa deuxième vague. Bien que Machiavel se rapproche de Cicéron notamment par une certaine sympathie pour le peuple, il s'en distancie par son insistance sur le rôle conflictuel qu'il lui assigne. Pour lui, dans la cité le peuple peut être un contrepoids face aux puissants, faire valoir des demandes, par exemple en matière d'accès aux diverses fonctions, et engendrer des conflits par des moyens pacifiques tels des marches, des manifestations, des fermetures de boutiques ou des refus d'effectuer le service militaire²⁸. Dans son *Discours sur la première décade de Tite-Live*, il affirme que « Dans toute république, il y a deux partis : celui des grands et celui du peuple; et toutes les lois favorables à la liberté ne naissent que de leur opposition (...) On ne peut davantage qualifier de désordonnée une république où l'on voit briller tant de vertus : c'est la bonne éducation qui les fait éclore, et celle-ci n'est due qu'à de bonnes lois; les lois, à leur tour, sont le fruit de ces agitations que la plupart condamnent si inconsidérément »²⁹.

Reprenant une réflexion d'Hanna Pitkin sur cette analyse machiavélique, Peter J. Smith souligne que « la mise en œuvre effective du pouvoir du peuple – descendant dans la rue, faisant la grève, quittant la ville – obligea les nobles à reconnaître les liens les unissant à la classe populaire et la commune appartenance des uns

27. Nicolas MACHIAVEL, *Le Prince*, Paris, PUF, 2000.

28. J. G. A. POCKOCK, préc., note 12, p. 194-197.

29. Nicolas MACHIAVEL, *Le prince et autres textes (Discours sur la première décade de Tite-Live)*, Paris, Gallimard, 1980, p. 163 et 164.

et des autres à la communauté, ce qui les a contraints à concéder des réformes favorables à une plus grande liberté publique »³⁰. Cette valorisation du conflit, qui suppose la reconnaissance de l'existence d'intérêts divergents, ne signifie pas que Machiavel nie l'importance de l'intérêt public. C'est plutôt qu'il considère qu'une fois entrés dans le processus politique les intérêts particuliers se heurtent à ceux des autres citoyens et en viennent à être redéfinis à l'aune du bien commun³¹. Ultimement, l'opposition entre des intérêts particuliers pourrait être institutionnalisée, par exemple par une loi, et ainsi être pacifique et bénéfique, car pour lui : « Rien au contraire ne rendra une république ferme et assurée comme de canaliser, pour ainsi dire, par la loi les humeurs qui l'agitent »³².

Plus de deux siècles après Machiavel, un autre grand auteur associé à la seconde vague du républicanisme, Charles de Secondat Montesquieu, valorise un système permettant aux branches du pouvoir de se faire contrepoids³³ et renoue avec la thèse machiavélienne du caractère potentiellement bénéfique des conflits. Selon lui, « pour règle générale, toutes les fois qu'on verra tout le monde tranquille dans un État qui se donne le nom de république, on peut être assuré que la liberté n'y est pas »³⁴. Et, reprenant le lien entre la liberté et la loi, il définit la première comme « le droit de faire tout ce que les lois permettent »³⁵.

L'œuvre de Machiavel et celle de Montesquieu influenceront les révolutionnaires américains, particulièrement les auteurs des fameux *Federalist Papers*, soit Alexander Hamilton, James Madison et John Jay. Ces derniers concevront une République fédérale

30. P. J. SMITH, préc., note 12, p. 78.

31. Hanna FENICHEL PITKIN, *Fortune Is a Woman : Gender and Politics in the Thought of Niccolo Machiavelli*, Berkeley, University of California Press, 1984, p. 286.

32. N. MACHIAVEL, préc., note 29, p. 122.

33. Charles DE SECONDAT MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Seghers, 1972, p. 173.

34. Charles DE SECONDAT MONTESQUIEU, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1951, p. 119.

35. C. DE SECONDAT MONTESQUIEU, préc., note 33.

décentralisée au sein de laquelle les pouvoirs sont séparés et où, par conséquent, les institutions démocratiques, dont les organes législatifs, préservent le bien commun. Cette préservation du bien commun est rendue possible en évitant qu'un parti majoritaire à la tête de l'État puisse abuser de son pouvoir et en permettant aux diverses factions de se concurrencer³⁶. Le républicanisme américain reconnaît donc la légitimité de la poursuite collective d'intérêts particuliers par des factions³⁷. Encore aujourd'hui, le système politique des États-Unis, et dans une moindre mesure ceux des pays qu'il a influencés, est marqué par ces éléments du républicanisme américain inspirés de Machiavel et Montesquieu.

Ici aussi, des liens possibles entre la grève étudiante et cette vague du républicanisme sont identifiables. D'abord, les étudiants grévistes n'ont manifestement pas été convaincus par la position gouvernementale favorable à la hausse des droits de scolarité, bien qu'elle fût ancrée dans la prétention de l'État à monopoliser l'expression de la volonté générale dont il ne faudrait pas contester le bienfondé de peur de troubler l'harmonie sociale³⁸. En ce sens, leurs actions étaient davantage en adéquation avec la deuxième vague du républicanisme qu'avec la première. D'une part, il s'agissait pour eux de défendre collectivement leurs intérêts particuliers à avoir un accès le moins cher possible à l'enseignement universitaire et, indirectement, aux fonctions auxquelles cet enseignement donne ouverture. D'autre part, de leur point de vue, ce qui a été nommé le « conflit étudiant » devait déboucher sur la négociation d'une entente qui, dans l'intérêt public, préserverait

36. À ce sujet, voir J. G. A. POCKOCK, préc., note 12, p. 506-552; Serge AUDIER, préc., note 12, p. 39; P. J. SMITH, préc., note 12, p. 82; Bernard MANIN, « Frontières, freins et contrepoids : la séparation des pouvoirs dans le débat constitutionnel américain de 1787 », (1994) 44-2 *Revue française de science politique*, 257 et Alexander HAMILTON, James MADISON et John JAY, *The Federalist*, Birmingham, Gryphon, 1983.

37. J. G. A. POCKOCK, préc., note 12, p. 522.

38. Au sujet de cette prétention de l'État voir notamment : M. JEAN, préc., note 5, p. 429; Diane LAMOUREUX, « La grève étudiante, un révélateur social », (2012) 15-3 *Theory & Event* et Pirooska NAGY et Martin PETITCLERC, « La grève est étudiante, la lutte est populaire », *Journal du Mouvement anti-utilitariste en sciences sociales*, 5 juin 2012.

l'accessibilité à un système d'éducation bénéficiant à l'ensemble de la société et non aux seuls étudiants. Pour y arriver, des associations étudiantes prônaient l'organisation de grèves et de manifestations de rue, au départ avec des étudiants seulement et par la suite avec « le peuple », contre la hausse des frais de scolarité, mais plus largement contre les élites politico-économiques et leur idéologie (néo)libérale à l'origine de cette hausse³⁹. Bref, il s'agissait d'une démarche étudiante et plus largement citoyenne visant à faire contrepoids à un parti à la tête de l'État, qui était perçu par certains comme abusant de son pouvoir, et en appelant à la solidarité.

3. Les associations et la solidarité au cœur de la transition entre la deuxième et la troisième vague du républicanisme

Ne serait-ce que parce qu'elle prend acte de l'existence de conflits et de factions, la conception de la deuxième vague du républicanisme peut être perçue comme étant annonciatrice de l'importance que prendront la société civile et ses composantes chez divers auteurs républicains. Parmi ces auteurs figure Alexis de Tocqueville dont la pensée doit beaucoup à ses analyses de la république américaine et plus particulièrement de sa démocratie, son patriotisme, son souci pour le bien-être du peuple et l'égalité. Même si à certains égards il peut aussi être qualifié de libéral, Tocqueville est associé par Peter J. Smith à la transition entre la deuxième et la troisième vague du républicanisme. Ici, ce qui importe c'est l'argument tocquevillien en faveur des associations privées ou publiques en tout genre, particulièrement de celles existant au niveau de la communauté locale (paroisses, municipalités, etc.). Pour Tocqueville, ces associations peuvent encourager la solidarité, constituer des écoles de démocratie qui

39. À ce sujet, voir notamment : LE COLLECTIF DE LA REVUE À BÂBORD, « La relance de la lutte sociale », (2012) 45 *À bâbord*, en ligne : <<https://www.ababord.org/La-relance-de-la-lutte-sociale>>.

favorisent la participation et contrecarrer d'éventuels abus de la part de l'État ou même une dictature de l'opinion majoritaire⁴⁰.

Évidemment, il serait possible de mentionner plusieurs autres auteurs qui, après Tocqueville, ont aussi contribué à une pensée républicaine favorable à la solidarité à travers les associations, et non plus seulement à travers l'État. Nous tenons à souligner l'apport qui nous semble le plus pertinent à notre propos, celui de Léon Duguit. Au tournant du vingtième siècle, alors que la société devient de plus en plus industrialisée et urbanisée, cet auteur construit une théorie juridique fondée sur l'idée d'inspiration durkheimienne selon laquelle il existe deux types de solidarité. Une solidarité par division du travail découle de l'interdépendance humaine : chaque personne étant spécialisée dans un domaine, elle dépend des services d'autres personnes spécialisées dans d'autres domaines pour répondre à ses besoins et réciproquement. Une solidarité par similitude résulte des besoins communs à certains hommes, par exemple ceux d'un même milieu de travail⁴¹.

Pour Duguit, le droit doit être en adéquation avec la réalité sociale en général et avec cette réalité sociale des deux types de solidarité en particulier. Par conséquent, l'ensemble des gouvernants et des citoyens doit agir conformément aux exigences de ces deux types de solidarité. La solidarité par division du travail et l'interdépendance sociale qui en découle impliquent la notion de service public qui est d'une grande importance, au point où Duguit affirme qu'elle « est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental »⁴². L'importance de cette notion l'amène à insister

40. P. J. SMITH, préc., note 12, p.83-86; J. G. A. POCKOCK, préc., note 12, p. 537; Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique. Souvenirs. L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Robert Laffont, 1986.

41. Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Albert Fontemoing, 1901, p. 23-80.

42. Léon DUGUIT, *Traité*, t. II, 3^e éd, p. 62 cité dans Évelyne PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 17. À noter que pour Duguit est un service public « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est

moins sur la souveraineté ou l'autorité de l'État, et davantage sur sa responsabilité de satisfaire les besoins dans les domaines couverts par cette notion où il est le mieux placé pour le faire⁴³, tel l'enseignement⁴⁴. Quant à la solidarité par similitude, elle justifie la reconnaissance législative de syndicats et de diverses autres associations, notamment au niveau local. Ces associations ont pour avantage de protéger les individus contre l'arbitraire du pouvoir. Et pour Duguit, loin de diminuer l'individualité, comme le croient les libéraux, elles la font grandir autant en rendant les individus plus conscients de la solidarité qui les unit qu'en les poussant à penser et à vouloir plus⁴⁵.

À la suite de Serge Audier⁴⁶, nous inscrivons Duguit dans notre panorama des auteurs républicains. Cette inscription se justifie en raison de sa critique du libéralisme et de son appui à la III^e République, au sein de laquelle il s'est fait élire comme conseiller municipal sur une liste « d'union républicaine démocratique »⁴⁷. Plus fondamentalement, nous l'inscrivons dans ce panorama parce qu'il contribue à faire en sorte que le service public soit considéré comme un élément fondateur du pacte républicain français et, par suite logique, à justifier des mesures visant à garantir l'accès à un

indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est d'une telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par les gouvernants »; Léon DUGUIT, *Traité*, t. III, 3^e éd, p. 61 cité dans Gilles GUGLIELMI, *Une introduction au droit du service public*, Paris, Université Panthéon-Assas, 1994, p. 6, en ligne : <<http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/INTRODSP.pdf>>.

- 43. Au sujet de la souveraineté et de l'autorité voir notamment : Léon DUGUIT, préc., note 41, p. 336-349.
- 44. Léon DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », (1907) *Revue du droit public et de la sociologie politique en France et à l'étranger* 411, 417-423.
- 45. L. DUGUIT, préc., note 41, p. 57-62; Claude DIDRY, « De l'État aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de L. Duguit et É. Durkheim au tournant du siècle », (1990) 2-2 *Genèses* 5, 25.
- 46. S. AUDIER, préc., note 12, p. 64 et 65.
- 47. É. PISIER-KOUCHNER, préc., note 42, p. 5.

service fourni de manière continue à un prix réglementé⁴⁸. Nous le faisons également parce que les notions de solidarité et de service public sont liées à celle d'intérêt public : le droit devant être conforme à la réalité sociale qui exige la solidarité, les gouvernants doivent gouverner de manière à répondre aux besoins des citoyens et non à leurs propres besoins. Et à l'instar de Tocqueville, nous le situons dans la phase transitoire entre la deuxième et la troisième vague du républicanisme, parce qu'il valorise les associations qui favorisent l'épanouissement de l'homme social devenu citoyen, témoignent d'un refus de l'unanimité et constituent un contrepoids face à l'État. Quant à son insistance sur l'importance des syndicats et des lois qui les encadrent, on peut y voir une reconnaissance de l'importance d'institutionnaliser les intérêts particuliers et donc les conflits potentiels, plutôt que de les ignorer sous le voile de la volonté générale. Il va donc sans dire qu'à notre époque, où il existe encore de puissants syndicats et des services publics issus des nationalisations du XX^e siècle que la notion de service public a justifié sur le plan théorique, l'œuvre de Duguit demeure pertinente.

Encore une fois, des liens avec le mouvement étudiant du printemps 2012 peuvent être établis. Dans le but de contrecarrer une décision gouvernementale, des associations étudiantes prônaient la tenue de votes de grève pouvant être perçus comme exprimant la solidarité par similitude des étudiants. Ces votes étaient tenus dans le cadre d'assemblées délibératives départementale, facultaire, collégiale ou universitaire, et donc dans des écoles de démocratie à une échelle locale ou microlocale⁴⁹. Cette démarche impliquait un conflit institutionnalisé par des associations étudiantes, aidées par des syndicats, puis un dialogue entre le gouvernement et les étudiants à titre de défenseurs de leur groupe, et dans une moindre mesure à titre de citoyens actifs dans la société politique au-delà des campus. Dans leur perspective, ce dialogue devait amener l'État à assumer sa responsabilité de

48. Sur ce dernier point voir : Claude DIDRY, « Léon Duguit, ou le service public en action », (2005) 52-3 *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 88, 96 et 97.

49. À ce sujet, voir notamment : M. JEAN, préc., note 5, p. 432 et 433.

solidarité sociale eu égard à l'éducation, considérée à la fois comme un service public et un bien commun⁵⁰.

Comme quoi le mouvement étudiant a pu raviver un certain républicanisme aux origines lointaines, mais à la pertinence contemporaine, et ce, en ce début de XXI^e siècle ici même au Québec.

B. Le républicanisme aujourd'hui et ici: le mouvement étudiant entre postmodernité et québécoisité

Afin de situer le mouvement étudiant par rapport au républicanisme de manière encore plus précise, il convient de s'attarder à la troisième vague du républicanisme, marquée par des mouvements sociaux dont celui pour les droits civiques incarné notamment par Martin Luther King Jr., et à certains des principaux auteurs associés au renouveau de la pensée républicaine au Québec, soit Marc Chevrier et Danic Parenteau.

1. Les mouvements sociaux au cœur de la troisième vague du républicanisme

Selon le professeur Smith, la troisième vague du républicanisme correspond à la montée des mouvements sociaux de la postmodernité qui, surtout à partir des années 1960 et 1970, ont cherché à combattre moins les formes d'exploitation capitaliste que les formes de domination liées à la bureaucratie, la hiérarchie, le racisme, le sexisme patriarcal ou l'hétérosexisme⁵¹. Ces mouvements seraient « eux-mêmes des républiques » favorisant en leur sein et dans la société la participation de leurs membres⁵². Pour

50. À ce sujet voir notamment : LE COLLECTIF DE LA REVUE À BÂBORD, préc., note 39.

51. P. J. SMITH, préc., note 12, p. 89. Voir aussi: Robert G. DUNN, *Identity Crises : A Social Critique of Postmodernity*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1998, p. 136 et Pauline Marie ROSENEAU, *Post-Modernism and the Social Sciences*, Princeton, Princeton University Press, 1992.

52. Hudson MEADWELL, « Post-Marxism, No Friend of Civil Society » dans John A. HALL (dir.), *Civil Society : Theory, History, Comparison*, Oxford, Polity Press, 1995, p. 191.

cette raison, mais aussi parce qu'ils favorisent des valeurs républicaines telles la solidarité et la communauté, ces mouvements pourraient être associés à un certain républicanisme⁵³.

C'est donc dire que la troisième vague du républicanisme reprendrait des éléments de la première vague, comme la participation politique, et des éléments de la phase de transition entre la deuxième et la troisième, telle l'importance des associations privées ou publiques en tous genres qui, particulièrement au niveau local, peuvent constituer des écoles de démocratie. Le mouvement pour les droits civiques aux États-Unis est sans doute celui qui illustre le mieux ces deux aspects, comme on peut le voir à travers cette citation de Martin Luther King Jr. : « Comment transformerons-nous les ghettos en une immense école? Comment ferons-nous de chaque coin de rue un forum [...]? Comment allons-nous faire de chaque ménagère, de chaque ouvrier un militant, un électeur, un agent électoral, un étudiant? Cette dignité, que ne leur procurent pas leurs métiers, ils la trouveront dans l'action politique et sociale »⁵⁴.

Cette fois dans un esprit rappelant davantage la deuxième vague, le fait que ces mouvements sociaux défendent des intérêts particuliers ne serait pas un obstacle à leur association au républicanisme. Car une défense de tels intérêts n'est pas en soi incompatible avec l'intérêt public, comme le démontre cet exemple du mouvement pour les droits civiques. Ce dernier exemple illustre aussi que, autant par des manifestations que par des processus institutionnels plus formels, ces mouvements peuvent créer des conflits potentiellement bénéfiques, par exemple en obtenant l'adoption de lois au départ controversées, mais plus tard très largement considérées comme étant des progrès pour l'ensemble de la société.

53. Michael J. SANDEL, *Democracy's Discontent*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 348.

54. Martin LUTHER KING JR., *Où allons-nous? La dernière chance de la démocratie américaine*, Paris, Payot, 1968, p. 185 et 186 cité dans M. J. SANDEL, préc., note 53, p. 349.

Il ne fait pas de doute que le mouvement étudiant québécois, à l'image des mouvements étudiants des pays développés en général, peut être perçu comme s'inscrivant dans la troisième vague du républicanisme. Le mouvement étudiant québécois est devenu un acteur politique important surtout à partir des années 1960 et 1970, au cours desquelles il « manifestait son désir de faire partie d'un mouvement émancipatoire à caractère collectif cherchant à élargir l'accès à l'éducation »⁵⁵. Plus précisément, il a milité contre des formes de « domination » pouvant toucher les étudiants (discrimination fondée sur l'âge ou le statut, stages peu ou pas rémunérés, etc.)⁵⁶, a favorisé la participation des étudiants autant en son sein que dans la société, particulièrement la société politique⁵⁷, et a défendu l'accès à l'éducation au bénéfice de ses membres et de l'ensemble de la société, parfois au prix d'après conflits. Même si plusieurs doutent que la principale revendication du mouvement étudiant de 2012, le gel des frais de scolarité, soit dans l'intérêt public, on retrouve sans doute là plusieurs des raisons qui expliquent qu'il ait été explicitement associé au républicanisme par des auteurs québécois se réclamant de cette tradition politique.

2. Le peuple, la nation, l'éducation et le bien commun au cœur de la pensée républicaine québécoise

Au cours des dernières années, plusieurs auteurs ont écrit au sujet du républicanisme d'un point de vue québécois⁵⁸. C'est

55. M. JEAN, préc., note 5, p. 426.

56. Voir par exemple : Lise MILLETTE, « Les jeunes des mouvements syndicaux et étudiants réclament l'équité salariale », *Le Huffington Post Québec*, 8 novembre 2013, en ligne : <http://quebec.huffingtonpost.ca/2013/11/08/les-jeunes-des-mouvements-syndicaux-et-etudiants-reclament-equite-salariale_n_4241440.html>.

57. Voir par exemple : « Les fédérations étudiantes lancent un appel au vote des jeunes », *Radio-Canada*, 1^{er} août 2012, en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/sujet/elections-quebec-2012/2012/08/01/004-feuq-fecq-campagne.shtml>> (site consulté le 27 décembre 2014).

58. Outre Marc Chevrier et Danis Parenteau, nous pensons notamment à André BINETTE, « Aspects juridiques de la fondation de la République du Québec », (2009) 17-3 *Bulletin d'histoire politique* 121.

toutefois le juriste et politologue Marc Chevrier qui a le plus influencé la pensée républicaine québécoise.

Dans son livre *La République québécoise*, Chevrier évoque des éléments de chacune des trois vagues du républicanisme. Il remonte à Aristote pour mettre de l'avant un républicanisme qui valorise la participation citoyenne. Il puise dans l'œuvre de Machiavel pour souligner l'importance des divisions et de l'expression des différences, notamment par les manifestations et l'occupation de l'espace public, ainsi que la nécessaire formation du citoyen qui passe par l'éducation⁵⁹. Au sujet du républicanisme québécois plus spécifiquement, il situe ses origines non seulement aux Patriotes de 1837-1838, mais à la Nouvelle-France. Chevrier souligne que celle-ci était caractérisée entre autres par la présence de contrepoids politiques (intendant, gouverneur, conseil souverain), l'importance des paroisses dans la vie publique locale, un droit de chasse accordé aux membres du peuple et l'égalité dans l'accès aux professions⁶⁰. Comme il le laisse clairement entendre, sa pensée se rapproche du républicanisme américain et de ses valeurs telles le patriotisme, la démocratie représentative, l'autonomie des corps composant la république, le bien public, soit le bien-être du peuple, et l'égalité des chances. Il faut dire que pour cet auteur le républicanisme a la vaste ambition de concilier la liberté collective, la liberté individuelle et l'égalité, y compris pour les plus défavorisés et les minorités historiquement discriminées ou infériorisées⁶¹. Concrètement, cela peut se traduire par la consécration par écrit de droits en faveur de partis plus faibles. Chevrier donne l'exemple des syndicats ayant obtenu une convention collective ou une loi les immunisant contre « les poursuites fondées sur le droit non écrit des juges protégeant les intérêts du capital en cas de grève et de piquetage »⁶².

59. Marc CHEVIER, *La République québécoise*, Montréal, Boréal, 2012, p. 283-287.

60. *Id.*, p. 130 et 140-149.

61. *Id.*, p. 284 et 285.

62. *Id.*, p. 302.

Dans la foulée des écrits de Marc Chevrier, Danic Parenteau s'est aussi penché sur le républicanisme québécois. En s'attardant notamment à des sondages d'opinion et des politiques adoptées par le Québec, il analyse plus précisément ce qu'il qualifie de pratique sociale républicaine au Québec. Pour Parenteau, le républicanisme se distingue du libéralisme anglo-saxon en accordant la prépondérance non pas aux libertés individuelles, mais à l'idéal de peuple et de bien commun, garant de la liberté collective⁶³. À ces éléments s'en ajoutent d'autres dont une conception forte de l'éducation, une forme de patriotisme politique, un rôle pour l'État en matière de promotion de l'identité nationale et, surtout depuis la Révolution tranquille, une valorisation de la souveraineté populaire qui se traduit notamment par un rôle actif pour le peuple dans la définition du bien commun⁶⁴. Logiquement, Parenteau voit dans le mouvement étudiant et social du printemps 2012 une incarnation de la pratique républicaine québécoise :

D'une part, se réclamant d'une conception résolument républicaine (même si c'est en grande partie de manière inconsciente), les manifestants, étudiants et citoyens confondus, défendaient haut et fort l'idée que la question des droits de scolarité relevait d'un choix collectif sur lequel le peuple pouvait légitimement se prononcer. Indépendamment du régime adopté sur ce point ailleurs en Amérique du Nord ou au Canada, les Québécois manifestant estimaient avoir le droit de choisir un système d'éducation plus conforme à leur conception de l'éducation – conception qui fait de celle-ci un bien commun plutôt qu'un instrument d'avancement personnel, suivant la vision libérale de l'éducation. D'autre part, un gouvernement et une certaine élite politique et économique semblaient refuser, fidèles à l'approche libérale, que ces questions puissent faire l'objet d'un débat public⁶⁵.

63. Danic PARENTEAU, *Précis républicain à l'usage des Québécois*, Montréal, Fides, 2014, p. 12.

64. *Id.*, p. 12-17, 116, 125 et 127.

65. *Id.*, p. 131 et 132.

Ce lien entre les revendications ou les actions des manifestants du printemps 2012 et le républicanisme, particulièrement sa version machiavélique qui mise sur l'opposition entre le peuple et les grands, est aussi présent sous la plume de Chevrier. Commentant ce fameux printemps, ce dernier affirme que le républicanisme « dit que le peuple garde ses droits de vigilance, de manifestation, de critique [qu'il] peut s'assembler et faire contrepoids à l'action des élus ou la seconder »⁶⁶.

Ce lien qu'établissent ces auteurs entre le républicanisme et le printemps 2012 nous semble plutôt juste. Outre les raisons qu'ils mentionnent eu égard au rôle actif du peuple, comme le républicanisme québécois est héritier des vagues du républicanisme que nous avons associées au mouvement étudiant, cette conclusion va de soi. Surtout que ce qui semble être une spécificité du républicanisme québécois, soit son insistance sur l'identité nationale, est aussi associée au printemps 2012 par ces auteurs. Parenteau oppose la volonté du peuple québécois de maintenir des frais de scolarité bas et une conception collective de l'éducation à la vision libérale et anglo-saxonne favorisant des frais élevés et une conception plus individualiste. Dans son commentaire sur les événements de ce printemps, Chevrier fait remonter le républicanisme québécois aux Patriotes de 1837-1838 dont il souligne la présence du drapeau lors des manifestations⁶⁷. Même une auteure critique envers le discours nationaliste a noté sa pénétration dans certaines manifestations du mouvement⁶⁸.

Il serait évidemment faux de prétendre que tous les acteurs du mouvement social et étudiant du printemps 2012 étaient des

66. Stéphane BAILLARGEON, « Monarcho-libéraux contre républicains », *Le Devoir*, 2 juin 2012, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/351548/monarcho-liberaux-contre-republicains>>. D'autres auteurs ont aussi lié le mouvement étudiant de 2012 au républicanisme, voir notamment : S. KELLY, préc., note 7, p. 146-150.

67. *Id.*, S. BAILLARGEON.

68. Camille TREMBLAY-FOURNIER, « La grève pour les nulles. Qui paie le prix des résistances au capitalisme néolibéral? », dans Mylène BIGAOUETTE et Marie-Ève SURPRENANT (dir.), *Les femmes changent la lutte. Au cœur du printemps québécois*, Montréal, Éditions du remue-ménage, 2013, p. 73.

républicains, même inconsciemment. Comme le note avec justesse Chevrier, au moins une autre tendance politique s'exprimait à travers ce mouvement, soit l'anarcho-libertarisme qui critique toutes les formes de représentation traditionnelles et nie celle des élus⁶⁹. En vertu de la logique de cette tendance, il ne saurait être question de consacrer législativement et donc d'encadrer un droit de négociation et de grève étudiant, puisque ce dernier existerait indépendamment du droit de l'État façonné par ses élus⁷⁰. Par contre, il nous semble que le républicanisme peut constituer un fondement théorique à l'idée d'une telle consécration.

Conclusion de la partie I

Nous avons vu que plusieurs des éléments phares de la pensée républicaine peuvent être associés à des actions et des revendications du mouvement étudiant de 2012. Mais peuvent-ils pour autant justifier la consécration législative et l'encadrement d'un droit de négociation et de grève étudiant? À notre avis, il est possible d'avancer une réponse positive.

Si les hommes sont des animaux politiques, comme le pensait Aristote, cela est vrai *a fortiori* pour les étudiants de notre époque. Car ils ont la particularité d'être à la fois assez âgés pour participer aux débats politiques et, pour la plupart d'entre eux, assez jeunes pour ne pas avoir d'obligations familiales limitant leurs disponibilités de le faire. Ce sont donc des animaux politiques qui, sociologiquement, ont un grand potentiel⁷¹. Si celui-ci est souvent

69. S. BAILLARGEON, préc., note 66.

70. À ce sujet, voir par exemple la position de l'Association des juristes progressistes « contre l'encadrement législatif du droit de grève » car cette dernière « émane d'un mouvement de base qui puise sa force non pas dans les fondements juridiques de sa position, mais dans sa nature démocratique et morale » : ASSOCIATION DES JURISTES PROGRESSISTES, préc., note 2, p. 26. Évidemment, nous ne prétendons pas que tous les auteurs de ce texte sont des anarcho-libertaires, mais simplement que cette prise de position et cet argument traduisent un certain anarcho-libertarisme sans doute modéré.

71. Pour les mêmes raisons, ce sont des êtres dotés d'une sociabilité naturelle, pour reprendre l'argument de Cicéron, qui ont aussi un grand potentiel.

peu exploité lors des élections, c'est entre autres parce que, les étudiants et les jeunes étant proportionnellement très peu nombreux dans un corps électoral vieillissant, les principaux enjeux électoraux correspondent davantage aux priorités des baby-boomers qu'aux leurs⁷². Cette sous-représentation dans le corps électoral et dans les priorités des gouvernements risque à terme de nuire à la participation politique en général, car les citoyens qui ne prennent pas l'habitude de voter tôt deviennent très souvent des abstentionnistes chroniques⁷³. Pour contrer ce phénomène, il pourrait convenir d'accorder aux jeunes un forum de participation, une école de démocratie⁷⁴, leur conférant une plus grande influence sur la Cité que ce que leur poids démographique leur confère actuellement. Ce forum pourrait être celui d'associations étudiantes jouissant du droit de négocier des conventions collectives avec le gouvernement et les établissements d'enseignement.

Quant à savoir si ce processus forçant le gouvernement à négocier avec les associations étudiantes serait de nature à favoriser l'intérêt public, il nous semble que oui. D'abord, les

Ce potentiel pourrait être mis en valeur par un processus découlant d'un droit de négociation et de grève étudiant favorisant la socialisation dans un cadre autre que la classe, prolongeant ainsi la mission de socialisation à la base de l'école en général... et de l'école républicaine en particulier.

72. À ce sujet, voir : Geneviève BARIL, *La diminution de la participation électorale des jeunes Québécois*, Montréal, Institut du Nouveau Monde, 2012, p. 44.

73. À ce sujet, voir les propos de Michael Bruter de la London School of Economics au sujet de son étude portant sur le vote des jeunes : Claire ANÉ, « Six idées reçues sur les jeunes et la politique », *Le Monde*, 18 décembre 2014, en ligne : <http://campus.lemonde.fr/campus/article/2014/12/18/sept-idees-recues-sur-les-jeunes-et-la-politique_4541708_4401467.html> (site consulté le 31 décembre 2014). Pour la version complète de l'étude voir : Michael BRUTER et Anne-Julie CLARY, *Les jeunes et le vote*, Paris, Civic Planet, 2014, en ligne : <http://je-vote.fr/files/2014/12/resultats_etude_jeunes_vote%C2%A9anacej2014.pdf>.

74. Au sujet de l'importance de créer des forums où les jeunes se familiarisent avec la politique dans le but d'augmenter leur participation électorale, voir : Clarissa WHITE, Sara BRUCE et Jane RITCHIE, *Young people's politics*, London, Joseph Rowntree Foundation, 2000, p. 45, en ligne : <<http://www.jrf.org.uk/system/files/1859353096.pdf>>.

étudiants ayant des intérêts similaires, mais aussi des intérêts divergents (en fonction de leur niveau, leur programme, leur région, etc.), il leur faudrait trouver entre eux des positions communes obtenant un large support. Ensuite, l'intérêt incarné par ces positions, qui serait à la fois particulier et large, serait confronté aux positions gouvernementales censées représenter l'intérêt public encore plus large. Ultimement, dans une logique républicaine valorisant la primauté de l'intérêt public, ces dernières positions pourraient primer. Mais le fait qu'elles doivent d'abord être confrontées à l'intérêt particulier étudiant devrait avoir pour effet de les faire évoluer qualitativement. Surtout qu'une des limites liées à la représentation de l'intérêt public par le gouvernement est que le premier se pense à plus long terme, alors que le second pense à plus court terme. Un processus de négociation accordant une plus grande importance à la jeunesse et à un sujet primordial pour l'avenir comme l'éducation devrait pallier en partie cette limite. Une autre limite liée à la représentation de l'intérêt public par le gouvernement, soit le fait qu'en raison du mode de scrutin celui-ci peut ne représenter qu'une faible partie de la population, serait aussi amoindrie par ce processus de négociation. En effet, ce processus renforcerait le rôle du mouvement étudiant comme contrepoids au gouvernement, alors que le principe même des contrepoids est une réponse républicaine au risque d'accaparement du gouvernement par un parti et les intérêts particuliers qu'il représente. Enfin, soulignons que, ultimement, le résultat des négociations entre le gouvernement et les associations étudiantes dépendrait de l'opinion du peuple, qui pourrait influencer ces négociations en amont lors des élections, descendre dans la rue au cours de celles-ci, etc. Autrement dit, ce résultat dépendrait de l'opinion publique, qui peut être présumée comme reflétant en partie, quoique imparfaitement, l'intérêt public.

Plus pertinent encore, si dans une perspective républicaine le droit de négociation et de grève étudiant doit être encadré législativement, c'est parce que le républicanisme valorise la loi comme instrument de liberté. Cela apparaît chez divers auteurs de différentes époques, tels Cicéron, Machiavel et Rousseau. Et c'est sans doute encore plus clair chez Montesquieu qui définit la liberté

comme « le droit de faire tout ce que les lois permettent »⁷⁵. C'est ici que le républicanisme se différencie le plus du libéralisme et de l'anarcho-libertarisme qui se rejoignent dans leur prémisse selon laquelle la loi de l'État est souvent une menace plutôt qu'un outil pour la liberté individuelle. Même si ces deux courants peuvent dans une certaine mesure être associés au progressisme, le républicanisme et sa valorisation de la loi peuvent l'être également et peut-être même plus, comme l'illustre la troisième vague du républicanisme en général et le mouvement pour les droits civiques aux États-Unis en particulier. Les propos de Marc Chevrier sur l'égalité et l'importance pour les parties plus faibles de la consécration de leurs droits par écrit sont encore plus éclairants à cet égard. Considérant qu'il donne comme exemples les conventions collectives et une loi protégeant le droit grève à l'encontre de la jurisprudence de common law, ils sont encore plus pertinents eu égard à l'idée d'un droit de négociation et de grève étudiant⁷⁶. Surtout que la vision d'un républicanisme québécois de Chevrier fait une place à la liberté individuelle, considérée à la fois importante et non systématiquement prépondérante, qui peut être pertinente dans le cadre d'une réflexion sur l'encadrement législatif de ce droit.

Certes, sa valorisation de la protection par écrit des syndicats et du droit de grève, qui au Québec jouissent de dispositions anti-briseurs de grève, peut être interprétée comme conduisant implicitement à la thèse selon laquelle les étudiants opposés à la grève qui sont minoritaires dans leur association devraient être obligés de la respecter. De même, un argument inspiré de la théorie du contrat social peut aussi supporter cette thèse puisque cette théorie suppose que « quiconque refusera d'obéir à la volonté générale, y sera contraint par tout le corps »⁷⁷. Sans parler du fait que l'intérêt public pourrait être bien servi par l'application de cette thèse, car l'adoption de dispositions anti-briseurs de grève a généralement pour effet de diminuer le degré de

75. C. DE SECONDAT MONTESQUIEU, préc., note 33.

76. M. CHEVRIER, préc., note 59, p. 302.

77. J.-J. ROUSSEAU, préc., note 19, p. 246.

violence et la longueur des grèves en milieu de travail⁷⁸. Mais pour qu'elle soit compatible avec l'ensemble des vagues du républicanisme, cette thèse doit s'accompagner d'exigences relatives au respect des libertés individuelles des membres des associations, notamment la liberté d'expression et le droit au vote individuel et secret, ne serait-ce qu'afin qu'il puisse y avoir en leur sein des conflits potentiellement bénéfiques. Ce n'est qu'à ce prix que les associations étudiantes peuvent être « elles-mêmes des républiques » ou encore des écoles de la démocratie.

Cela dit, l'insistance sur l'identité nationale est sans doute l'apport de la pensée républicaine québécoise le plus pertinent en l'espèce. Il va de soi qu'un processus de négociations nationales entre le mouvement étudiant et le gouvernement du Québec serait médiatisé et suivi par le grand public, du moins si l'on se fie à l'exemple de 2012. Or, sans dire que chaque négociation serait l'occasion d'écrire une page du « roman national », on peut penser que ce genre d'épisode est de nature à faire ressentir aux citoyens qu'il se passe quelque chose au Québec qui ne se passe pas ailleurs et donc que celui-ci est une société voire une nation distincte. Surtout que le fait de pérenniser ce processus en le consacrant législativement, ce qui serait une première en Amérique du Nord, et d'ainsi contribuer à consolider une certaine vision de l'accès à l'éducation, renforcerait ce caractère distinct⁷⁹, un peu comme le font l'importance du mouvement syndical et le droit l'entourant, notamment les dispositions anti-briseurs de grève.

Au sujet de l'analogie entre le mouvement étudiant et le mouvement syndical, c'est toutefois vers Léon Duguit qu'il convient de se tourner encore davantage. Comme pour Duguit la solidarité

78. Paul DUFFY and Susan JOHNSON, « The impact of Anti-temporary replacement legislation on work stoppages : empirical evidence from Canada », (2009) 35-1 *Canadian public policy* 99.

79. Voir par exemple Gérard Bouchard qui associe l'identité nationale québécoise « à des valeurs de concertation en matière de prise de décision collective (dans la tradition des sommets, forums, états généraux, etc.) [et] à des valeurs de solidarité et de compassion exprimées dans l'attachement à ce qu'on appelle le filet social »; Gérard BOUCHARD, *La nation québécoise au futur et au passé*, Montréal, VLB Éditeur, 1999, p. 104.

par similitude justifie la reconnaissance des syndicats et de leur pouvoir de négociation, sans doute pourrait-elle supporter un argument favorable à la reconnaissance d'un semblable pouvoir pour les associations étudiantes dont la structure est empruntée au syndicalisme⁸⁰. Eu égard à la solidarité par division du travail, et au fait que la société est dans un rapport d'interdépendance vis-à-vis des étudiants-futurs diplômés, sa notion de service public comme fondement et limite du pouvoir gouvernemental⁸¹ peut inspirer un argument justifiant la mise en place d'un processus légal incitant l'État à respecter sa mission de service public relative à l'éducation. Certains argueront qu'un tel processus serait incompatible avec la souveraineté et l'autorité de l'État; comme à l'époque de l'octroi du droit de négociation et de grève aux fonctionnaires certains s'y opposaient au nom du principe selon lequel « la Reine ne négocie pas avec ses sujets »⁸². Or, la théorie de Duguit permet justement de substituer la notion de service public au principe de souveraineté et d'autorité de l'État, ou du moins de relativiser ce principe à la lumière de cette notion. Quant au droit de négociation et de grève des fonctionnaires, le fait qu'il existe depuis la Révolution tranquille illustre qu'il n'est pas incompatible avec ce principe. La pratique liée à ce droit démontre d'ailleurs que ce principe demeure, puisque après une négociation infructueuse l'État peut toujours adopter une loi imposant à ses employés des

80. Au sujet de cet emprunt voir notamment: Alexandre LEDUC, « *UGEQ : Centrale syndicale étudiante* » : *l'idéologie syndicale au sein du mouvement étudiant québécois des années 1960*, mémoire de maîtrise, Montréal, Département d'histoire, Université de Montréal, 2010 et Pierre BÉLANGER, *Le Mouvement étudiant québécois. Son passé, ses revendications et ses luttes, 1960-1983*, Montréal, Association nationale des étudiants et des étudiantes du Québec, 1984.

81. L. DUGUIT, *Traité*, t. II, 3^e éd, p. 62 cité dans É. PISIER-KOUCHNER, préc., note 42, p. 17.

82. Cette expression a été utilisée par Jean Lesage, alors premier ministre, qui par la suite changea d'idée : « Youpi, la grève en finie! », *Radio-Canada*, 19 février 1965, en ligne : <http://archives.radio-canada.ca/c_est_arrive_le/02/19/>. Voir aussi : Kenneth McROBERTS, *Quebec : Social Change and Political Crisis*, Toronto, McClelland and Stewart, 1988, p. 159-161 et Alain NOËL, « Le chômage en héritage » dans Alain. G. GAGNON (dir.), *Québec : État et société*, Montréal, Québec/Amérique, 1994, p. 407-442.

conditions de travail. Bref, si le droit entourant les négociations entre le gouvernement et les fonctionnaires arrive tant bien que mal à concilier les exigences de service public et celles de la souveraineté de l'État, on ne voit pas pourquoi il serait impossible pour le droit encadrant des négociations entre le gouvernement et les étudiants d'en faire autant.

Cela ne signifie évidemment pas que tous les bénéficiaires de services publics autres que l'éducation postsecondaire devraient avoir un droit de négociation et de grève. À la base, la théorie de Léon Duguit repose sur la prémisse selon laquelle le droit doit être en adéquation avec la réalité sociale. Or, depuis des décennies au Québec il existe une pratique sociale relativement répandue de négociation et de grève des bénéficiaires des services d'éducation postsecondaire⁸³. La même chose n'est pas vraie pour les bénéficiaires d'autres services. L'encadrement législatif du droit de négociation et de grève étudiant serait légitime parce qu'il s'agirait d'une rencontre entre le droit et la sociologie, un peu comme le fut le syndicalisme aux yeux de Duguit⁸⁴. Lorsque pendant des décennies il y aura des grèves de bénéficiaires de services publics d'un autre domaine, et que certaines seront comparables aux grèves étudiantes de 2012, nous pourrions alors nous poser la question du droit de négociation et de grève de ces bénéficiaires. Mais, pour des raisons évidentes, on imagine difficilement des milliers de patients refusant d'être soignés pendant des semaines pour protester contre l'instauration d'un ticket modérateur dans les hôpitaux. Pour prendre un exemple moins extrême, il serait absurde que des parents retirent leurs enfants des garderies subventionnées pour contester une hausse des tarifs de garde, entre autres parce que, contrairement à une grève étudiante qui peut retarder la sortie de diplômés dont le marché et le gouvernement ont besoin, ce geste ne risquerait pas de forcer le gouvernement à négocier avec les associations de parents. Parmi tous les bénéficiaires de services

83. À ce sujet voir : « Les grèves étudiantes au Québec: quelques jalons », *Radio-Canada*, 22 mars 2012, en ligne : <<http://www.radio-canada.ca/sujet/Droits-scolaire/2012/02/14/003-droits greve-chrono.shtml>>.

84. É. PISIER-KOUCHNER, préc., note 42, p. 7.

publics, les étudiants sont les seuls qui, depuis des décennies, exercent régulièrement la grève comme moyen d'engendrer un rapport de force avec le gouvernement à certains égards comparable à celui engendré par une grève de travailleurs, au point de forcer le gouvernement à négocier⁸⁵. Même s'il existe de nombreuses différences entre le statut d'un étudiant bénéficiaire de services et celui d'un travailleur, il s'agit là d'un fait social indéniable. Et d'un point de vue juridique, ce n'est sans doute pas un hasard si, de tous les bénéficiaires de services publics, les étudiants sont ceux dont les associations sont le plus près du modèle syndical, entre autres avec le monopole de représentation et la cotisation obligatoire⁸⁶. Enfin, même si un jour cette question se pose dans d'autres domaines, les arguments développés ci-dessus, par exemple concernant les étudiants comme animaux politiques ayant un grand potentiel, ne seraient pas nécessairement applicables même *mutatis mutandis*.

Risque qu'un droit de négociation et de grève étudiant nuise à l'intérêt public, libertés individuelles des étudiants opposés à la grève, conciliation avec le principe de souveraineté de l'État et dangerosité du précédent que constituerait la reconnaissance d'un tel droit en faveur de bénéficiaires de services publics : nous pensons avoir répondu à la plupart des principales objections de fond pouvant être adressées à l'idée de consacrer ce droit. Reste une objection davantage liée à la forme, mais non moins importante : la lourdeur qu'aurait un processus lié à la reconnaissance et

85. À ce sujet voir : Radio-Canada, préc., note 83.

86. Guillaume ROUSSEAU, Marie Danielle ALARIE et Rémi DANYLO, *La grève étudiante à la lumière du droit: de l'impasse judiciaire aux solutions politiques*, Clinique juridique Juripop de l'Estrie, 2013, p. 46-51; C. BRUNELLE, L.-P. LAMPRON et M. ROUSSEL, préc., note 2, p. 838-840; ASSOCIATION DES JURISTES PROGRESSISTES, préc., note 2, p. 26; Pierre VERGE et Gregor MURRAY, *Le droit et les syndicats. Aspects du droit syndical québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991, p. 98 et QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des Débats*, Commission permanente de l'éducation, 4^e sess., 32^e légis., fascicule n° 119, 20 juin 1983, « Étude du projet de loi n° 32 – Loi sur l'accréditation et le financement des associations d'étudiants », p. B-6375-B-6378.

l'encadrement d'un droit de négociation et de grève étudiant à la fois conforme au républicanisme et inspiré du droit du travail.

II. La traduction juridique d'un droit de négociation et de grève étudiant inspirée du droit du travail : de la négociation nationale à l'encadrement procédural

Comme le démontrent la doctrine et les débats parlementaires⁸⁷, prenant acte du fait que le modèle syndical a inspiré le mouvement étudiant⁸⁸, le législateur s'est directement inspiré du droit du travail lors de l'adoption de la *Loi sur l'accréditation et le financement des associations d'élèves ou d'étudiants*⁸⁹ (ci-après « *L.a.f.a.e.* »). Le *Code du travail* et la *L.a.f.a.e.* consacrent tous deux le droit de faire partie d'une association⁹⁰, et donc d'y participer, un processus d'accréditation⁹¹, un monopole de représentation en faveur de l'association⁹² et un mécanisme de retenue automatique des cotisations, appelé « Formule Rand »⁹³, qui fait primer l'intérêt de l'association sur l'intérêt particulier des membres qui préféreraient ne pas y contribuer.

Des différences entre le droit du travail et le droit des associations étudiantes demeurent toutefois. Nous pensons notamment aux normes de représentation et de démocratie, plus

87. *Id.*

88. Au sujet de cette inspiration, voir notamment: M. JEAN, préc., note 5, p. 426, A. LEDUC, préc., note 80 et P. BÉLANGER, préc., note 80.

89. RLRQ, c. A-3.01 [*L.a.f.a.e.*]. Cette loi est parfois désignée sous le vocable de « loi 32 ».

90. C.t., art. 3 et *L.a.f.a.e.*, art. 4.

91. C.t., art. 20 et suiv. et *L.a.f.a.e.*, art. 8 et suiv.

92. C.t., art. 1b) et *L.a.f.a.e.*, art. 28.

93. C.t., art. 47 et *L.a.f.a.e.*, art. 52-55. En 1946, le juge Ivan Rand de la Cour suprême du Canada a rendu une sentence arbitrale dans le cadre d'un conflit de travail de la Ford Motor Company à Windsor. Le juge Rand a établi le principe de la retenue par l'employeur des cotisations syndicales de tous les travailleurs représentés par le syndicat : *Ford Motor Co. v. United Automobile, Aircraft and Agricultural Implement Workers of America* (U.A.W./C.I.O.) [1946] O.L.A.A. No. 1; Gérard DION, « L'origine de la formule Rand », (1975) 30-4 *Relations industrielles* 747, 754.

exigeantes pour les syndicats⁹⁴, au droit de l'association étudiante d'avoir un local fourni par l'établissement d'enseignement⁹⁵ et, surtout, aux droits de négocier des conventions collectives et de faire la grève reconnus seulement dans le *Code du travail*⁹⁶.

Malgré cette différence majeure, il n'en demeure pas moins que le gouvernement à l'origine de la *L.a.f.a.e.* donnait suite à un rapport l'incitant à « consolider la présence étudiante en termes juridiques pour faire en sorte que le pouvoir étudiant soit reconnu dans la société au même titre que le pouvoir syndical, le pouvoir des administrations, le pouvoir des instances politiques traditionnelles ou du milieu des affaires »⁹⁷. Camille Laurin, le ministre responsable de cette loi, souhaitait d'ailleurs que les associations étudiantes puissent occuper de multiples rôles et faire des représentations « aussi bien au sein de leurs institutions que dans les grands débats nationaux »⁹⁸.

Il semble donc que le législateur québécois ait eu l'intention de donner aux associations étudiantes un statut très similaire à celui des syndicats, mais qu'il se soit arrêté à mi-chemin. Dans ce contexte, et puisque notamment sous la plume de Chevrier il a aussi été question du modèle syndical dans la première partie du présent article portant sur le fondement théorique possible d'une reconnaissance du droit de négociation et de grève étudiant, c'est en nous inspirant du droit du travail québécois que nous explorons la traduction juridique possible de ce droit.

En suivant la logique du législateur, qui a repris des éléments du *Code du travail* pour élaborer la *L.a.f.a.e.*, la recommandation du Barreau du Québec, qui suggère des « cadres qui pourraient s'inspirer, par exemple, des lois en matière de relations de travail », et celle de la Commission Ménard, consistant

94. C.t., art. 21 et *L.a.f.a.e.*, art 10.1(2).

95. *L.a.f.a.e.*, art. 29.

96. Voir notamment: C.t., art. 52 et 58.

97. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des Débats*, préc., note 86, p. B-6378.

98. *Id.*, p. B-6396.

à clarifier la *L.a.f.a.e* « en reconnaissant un droit de grève étudiant »⁹⁹, deux réformes peuvent être apportées à cette loi. Mais puisque le droit du travail ne fournit pas toujours des réponses complètes et parfaitement adéquates, ces réformes possibles s'inspirent aussi des pratiques passées des associations étudiantes, notamment celles entourant la négociation ayant eu lieu en avril 2012, et, dans une moindre mesure, de l'esprit de la *L.a.f.a.e.*. De plus, elles sont conçues de manière à être conformes aux idées phares du républicanisme dont il a été question plus tôt.

De complexité différente, la première réforme, plus théorique, se propose de créer un mécanisme semblable à celui gouvernant les relations entre l'État et les syndicats de la fonction publique en vertu de la *Loi sur le régime de négociation dans les secteurs public et parapublic*¹⁰⁰. La seconde n'aurait pour effet que de codifier législativement le droit de grève qu'exercent depuis longtemps des associations étudiantes. Cette deuxième réforme pourrait s'ajouter à la première ou être adoptée indépendamment.

A. Vers une convention collective nationale et des conventions collectives locales

Dans une partie du secteur parapublic, la négociation collective se déroule en deux temps¹⁰¹. Il y a un palier de négociation à l'échelle nationale et un palier de négociation à l'échelle locale. Cela pourrait théoriquement s'appliquer aux relations entre les associations étudiantes, nationales et locales, et le gouvernement et les établissements d'enseignement.

Conformément à la pratique passée, la négociation nationale, entre les associations étudiantes nationales et le gouvernement ainsi que les regroupements d'établissements d'enseignement,

99. BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 6 et COMMISSION SPÉCIALE D'EXAMEN DES ÉVÉNEMENTS DU PRINTEMPS 2012, préc., note 1, p. 134.

100. RLRQ, c. R-8.2.

101. Les secteurs de l'éducation et de la santé, voir Fernand MORIN et al., *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, par. IV-224, p.1362.

porterait sur les droits de scolarité, le régime d'aide financière aux études et l'encadrement des frais afférents. Elle pourrait aussi concerner tout autre sujet touchant la condition étudiante que les parties souhaiteraient aborder, par exemple le financement des établissements d'enseignement (modes, calcul, répartition, etc.). La négociation locale, avec les établissements d'enseignement, porterait sur les détails des frais afférents, les sujets relevant de la compétence des associations étudiantes locales en vertu de la *L.a.f.a.e.*, soit l'enseignement, la pédagogie, les services aux étudiants et l'administration de l'établissement d'enseignement¹⁰², et tout autre sujet non couvert par la convention nationale que les parties souhaiteraient aborder au niveau local.

Pour bien comprendre le processus qui pourrait mener à une convention collective nationale et à des conventions collectives locales, et ainsi pouvoir évaluer sa lourdeur, il convient d'aborder certains sujets en donnant les grandes lignes, les principales étapes et des délais possibles. Ces sujets sont les parties représentées à la table de négociation, le déroulement de celle-ci, la médiation, la conclusion de la convention, les services essentiels et les autres cas exceptionnels.

1. Les parties aux négociations

Au niveau local, il y aurait des représentants de l'association étudiante locale accréditée et des représentants de la direction de l'établissement d'enseignement. Ces représentants étudiants devraient être élus par l'ensemble des étudiants, par exemple au printemps précédant les négociations débutant à l'automne. Les syndicats de professeurs pourraient être invités à titre d'observateurs ou de médiateurs.

Au niveau national, il pourrait y avoir des interlocuteurs représentant le gouvernement, les étudiants et les établissements d'enseignement. Il est clairement impraticable que chaque association étudiante locale y soit représentée distinctement au

102. *L.a.f.a.e.*, art. 3.

niveau national. Il en va d'ailleurs de même en droit du travail, où les syndicats d'infirmières de chacun des hôpitaux du Québec, par exemple, ne peuvent être tous représentés à la table de négociation nationale¹⁰³. Les associations de salariés affiliées à des regroupements syndicaux nationaux sont représentées par un agent-négociateur commun¹⁰⁴. Dans le cadre de la présente réforme, puisqu'il existe plusieurs dizaines d'associations étudiantes locales, le nombre d'agents-négociateurs étudiants à la table des négociations devrait être limité pour faciliter le déroulement de celles-ci.

Lors des négociations d'avril 2012, quatre associations nationales étaient représentées à la table des négociations par onze représentants¹⁰⁵. Il est possible de codifier cette pratique, acceptée autant par les associations étudiantes nationales que par le gouvernement d'alors, en considérant que pour avoir accès à la table de négociation nationale il faut représenter au moins 10 % de l'ensemble des étudiants. Cette règle aurait pour effet de limiter le nombre d'agents-négociateurs étudiants à dix et de permettre la participation des grandes associations nationales telles la FECQ, l'ASSÉ et la FEUQ¹⁰⁶. Concrètement, une date de gel des effectifs,

103. F. MORIN et al., préc., note 101, par. IV-209, p.1343.

104. *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, préc., note 100, art. 26. Toutefois, les associations non affiliées peuvent également nommer un agent-négociateur, voir l'article 27.

105. Marc ALLARD, « Mobilisations étudiantes : les négociations amorcées », *Le Soleil*, 24 avril 2012, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/le-soleil/actualites/education/201204/23/01-4518277-mobilisation-etudiante-les-negociations-amorcees.php>>.

106. Des statistiques de 2012 révèlent que le nombre d'étudiants des niveaux collégial et universitaire est d'environ 475 000 (<http://www.radio-canada.ca/sujet/Droits-scolaire/2012/02/15/001-portrait-mouvement-etudiant.shtml>). La règle du 10 % ferait donc en sorte qu'une association étudiante nationale devrait représenter au moins 47 500 étudiants pour avoir accès à la table de négociation nationale. Or, les associations étudiantes nationales qui étaient à la table de négociation nationale en avril 2012 représentaient respectivement plus de 65 000 étudiants pour la TACEQ (<http://www.taceq.org/associations-membres-2>), plus de 80 000 étudiants pour la FECQ (<http://fecq.org/>), plus de 66 000 étudiants pour l'ASSÉ (<http://www.newswire.ca/en/story/1064335/dissolution-de-la->

par exemple vingt et un jours avant le début des négociations, pourrait être établie aux fins du calcul des effectifs de chaque association étudiante nationale. Ce mécanisme ferait en sorte que dans les mois précédant une négociation nationale, des référendums d'affiliation ou de désaffiliation aux associations étudiantes nationales pourraient être tenus partout au Québec, ce qui favoriserait la participation directe des membres des associations étudiantes locales, ou du moins de celles envisageant un changement d'affiliation.

Tout comme en avril 2012, des représentants des établissements d'enseignement devraient également prendre part à la négociation¹⁰⁷. Un comité formé de représentants du Bureau de coopération interuniversitaire, l'ancienne Conférence des recteurs et des principaux des universités du Québec (CREPUQ), et de la Fédération des cégeps pourrait donc être créé. Ce comité agirait de concert avec les représentants du gouvernement¹⁰⁸. Ce dernier, plus précisément le Ministère de l'Enseignement supérieur et le Conseil du Trésor, serait également présent à titre de partie à la négociation¹⁰⁹.

Lors des négociations d'avril 2012, des représentants des grandes centrales syndicales nationales (FTQ, CSN, CSQ) étaient aussi présents à la table de négociation nationale. Considérant que ces derniers agissaient davantage à titre de médiateurs, leur rôle

classe-debut-d-un-nouveau-chapitre-de-la-lutte-etudiante) et plus de 125 000 étudiants pour la FEUQ (<http://www.newswire.ca/fr/story/1098037/mauvaise-gouvernance-des-universites-la-feuq-persiste-et-signe>).

107. « Conflit étudiant: rencontre entre Québec et les associations étudiantes », *Radio-Canada*, 4 mai 2012, en ligne : <<http://www.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2012/05/04/003-etudiant-quebec-rencontre.shtml>>.

108. Voir par exemple la *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, préc., note 100, art. 30-41.

109. Michel COUTU, Laurence Léa FONTAINE et Georges MARCEAU, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, par. 584.

sera abordé dans la section portant sur la méditation, et non dans celles concernant les parties ou le déroulement.

2. Le déroulement des négociations

La phase des négociations nationales pourrait débuter à compter du 180^e jour précédant la date d'expiration de la convention collective nationale¹¹⁰. Pour ce qui est de la première convention collective, cette phase d'amorce de la négociation pourrait débuter à une date fixée par la loi en fonction du calendrier universitaire. Ainsi, cette date pourrait être autour du début novembre, de manière à laisser à chaque association étudiante locale le temps d'organiser un référendum afin de choisir l'association étudiante nationale à laquelle elle souhaite être affiliée, car c'est cette dernière qui la représenterait à la table de négociation nationale. Ce choix s'effectuerait par exemple sur une période de 45 jours, entre la rentrée de la fin août et le 11 octobre¹¹¹.

110. C.t., art. 111.7.

111. Les désaffiliations et les affiliations continueraient d'être possibles en tout temps pendant l'année. Cette période de désaffiliation et d'affiliation est présentée comme telle parce que le début d'une année de négociation d'une convention nationale serait un moment stratégique pour une association locale souhaitant faire une désaffiliation ou une affiliation déterminant le choix de l'association nationale qui la représentera lors de la négociation nationale. Cela dit, après la date du calcul des effectifs les désaffiliations et les affiliations continueraient d'être possibles et de produire leurs effets, notamment eu égard aux cotisations versées aux associations nationales, mais elles n'affecteraient pas l'autorisation de participer à la négociation qu'auraient obtenue les associations nationales représentant 10 % ou plus des effectifs à la date du calcul.

	Début du processus	Période de référendums (désaffiliations et affiliations) comptant aux fins du calcul des effectifs	Calcul des effectifs	Début des négociations
<u>Première convention</u>	27 août	27 août au 11 octobre	12 octobre	1 ^{er} novembre
<u>Conventions subséquentes</u>	245 ^e jour avant l'expiration de la convention	245 ^e jour au 201 ^e jour avant l'expiration de la convention	200 ^e jour avant l'expiration de la convention	180 ^e jour avant l'expiration de la convention

Les associations étudiantes nationales devraient transmettre leurs propositions au gouvernement dans les 30 jours suivant le début des négociations¹¹². Dans les secteurs public et parapublic, il n'existe aucune exigence d'un front commun des syndicats lors des négociations¹¹³. Ceux-ci peuvent toutefois choisir d'en former un¹¹⁴. Dans le contexte étudiant, la même règle serait applicable. Ainsi, chacune des associations étudiantes nationales pourrait transmettre ses propres propositions au gouvernement, mais il serait loisible à plusieurs ou à l'ensemble d'entre elles d'avoir des propositions communes.

Ensuite, dans un délai déterminé après la réception des propositions des étudiants, par exemple 60 jours, le gouvernement devrait à son tour transmettre ses propositions¹¹⁵. Trente jours après le dépôt de ses propositions, à défaut d'entente, le gouvernement pourrait demander que des votes sur ses propositions soient tenus directement par les assemblées générales

112. C.t., art. 111.8(1) et (2).

113. F. MORIN et al., préc., note 101, par. IV-212, p. 1346.

114. *Id.*

115. C.t., art. 111.8(3).

des associations étudiantes locales dans les 15 jours suivants¹¹⁶. Celles-ci pourraient refuser les propositions gouvernementales ou les accepter conformément à la règle du 50 % prévue ci-dessous à la section 4. Une telle demande devrait être autorisée par un organe quasi judiciaire. Si des ressources humaines et financières supplémentaires lui étaient fournies, cet organe pourrait être le comité d'accréditation de la *L.a.f.a.e.* qui serait alors transformé en commission d'accréditation et de surveillance des négociations¹¹⁷. Cette commission devrait évaluer si la tenue d'un vote sur les propositions gouvernementales est nécessaire et si elle est de nature à encourager la négociation ou la conclusion de la convention. Cette mesure ne pourrait être utilisée qu'une seule fois durant les négociations¹¹⁸.

116. C.t., art. 58.2. Ce pouvoir du gouvernement, inspiré d'un pouvoir semblable conféré aux employeurs par le *Code du travail*, constituerait un contrepoids au droit de grève des associations étudiantes. Ce contrepoids semble préférable à un droit de lock-out exclu pour diverses raisons. D'abord, ce droit n'est pas pratiqué par le gouvernement ou les établissements d'enseignement. Ensuite, comme ces derniers continueraient de devoir payer leurs employés en cas de lock-out lié à un conflit étudiant, un tel lock-out n'améliorerait pas véritablement leur rapport de force. Enfin, soulignons que l'existence d'un droit de grève sans qu'il existe en contrepartie un droit de lock-out ne serait pas une première, puisque cette situation prévaut dans le monde municipal.

117. Le comité d'accréditation est en ce moment formé de 5 décideurs. La loi pourrait déterminer un nombre de décideurs différent, tout en respectant les proportions établies par la *L.a.f.a.e.*, soit 60% de membres étudiants, dont 20 % provenant du milieu collégial et 20 % du milieu universitaire (*L.a.f.a.e.*, art. 34). Considérant son statut d'organe quasi judiciaire, cette commission devrait respecter les exigences d'indépendance et d'impartialité strictes qui sont prévues par la jurisprudence (*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 23 et 56). Cela dit, il serait aussi envisageable d'attribuer ce rôle à la Commission des relations du travail.

118. C.t., art. 58.2 al. 2.

	Début des négociations	Propositions étudiantes	Propositions du gouvernement	Possible demande de vote par le gouvernement	Fin des votes en AG
<u>Première convention</u>	1 ^{er} novembre	1 ^{er} décembre	30 janvier	2 mars	17 mars
<u>Conventions subséquentes</u>	180 ^e jour avant l'expiration de la convention	150 ^e jour avant l'expiration de la convention	90 ^e jour avant l'expiration de la convention	60 ^e jour avant l'expiration de la convention	45 ^e jour avant l'expiration de la convention

La commission d'accréditation et de surveillance des négociations aurait également pour rôle d'assurer le bon déroulement du processus de négociation. Les parties devraient négocier avec diligence et bonne foi, à défaut de quoi une plainte pourrait être déposée à cette commission. Bien que la *L.a.f.a.e.* n'impose pas de sanction et qu'elle ait été adoptée dans un esprit non punitif, il serait envisageable d'instaurer des sanctions pénales pour régir les négociations¹¹⁹. Un comportement qui pourrait entraîner une sanction serait, par exemple, l'adoption d'un cadre inflexible dès le début de la négociation et pour toute la durée de celle-ci¹²⁰.

La négociation locale pourrait se dérouler une fois la négociation nationale terminée. Les règles et les délais qui lui seraient applicables pourraient être les mêmes que ceux prévus pour la négociation nationale *mutatis mutandis*. De plus, la commission d'accréditation et de surveillance des négociations

119. Nicola DI IORIO, « La négociation collective et l'arbitrage des différends », dans *Collection de droit 2012-13, École du Barreau du Québec*, vol. 8, *Droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, à la p. 179.

120. *Association des juristes de l'État c. Québec*, 2012 QCCRT 43 (CanLII).

pourrait avoir le pouvoir de sanctionner les parties à une négociation locale.

Bien que les pouvoirs de cette commission soient de nature à favoriser une négociation de bonne foi, il n'est pas impossible que les parties aient besoin de tiers pour arriver à une entente.

3. La médiation

À défaut d'une entente lors d'une négociation nationale ou locale, et en l'absence d'une demande de tenue de votes par les assemblées générales, une partie pourrait demander une médiation trente jours après le dépôt des propositions du gouvernement¹²¹. Cela serait conforme à la recommandation de la Commission Ménard relative à « l'importance de la négociation et de la médiation »¹²².

En droit du travail, un médiateur est nommé par le ministre du Travail¹²³, bien que les parties puissent aussi convenir d'une procédure de médiation différente, par exemple, en recourant à un groupe d'intérêt public¹²⁴. Lors du conflit du printemps 2012, le Barreau du Québec a proposé un processus de médiation en ces termes:

Nous recommandons qu'une médiation soit menée par trois experts indépendants et impartiaux qui composeraient un conseil de médiation neutre et objectif. Le choix de ces médiateurs, sans aucun lien avec le gouvernement ou les fédérations étudiantes, permettrait aux parties de revenir à

121. *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, préc., note 100, art. 46.

122. COMMISSION SPÉCIALE D'EXAMEN DES ÉVÉNEMENTS DU PRINTEMPS 2012, préc., note 1, p. 119.

123. *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, préc., note 100, art. 46.

124. *Id.*, art. 48. « Elles peuvent notamment avoir recours à un conseil de médiation ou à un groupe d'intérêt public ».

la table avec une ouverture totale à l'identification de solutions de sortie de crise¹²⁵.

Le processus de négociation nationale pourrait donc prévoir l'intervention d'une équipe de trois médiateurs¹²⁶, dont un ou deux issus des grandes centrales syndicales nationales, si l'on souhaite s'inspirer des négociations d'avril 2012. Quant au processus relatif à la négociation locale, elle pourrait prévoir l'intervention d'un seul médiateur. À défaut d'entente dans les 60 jours suivants le début de la médiation, le ou les médiateur(s) déposerai(en)t un rapport dans lequel il(s) exposerai(en)t des recommandations visant à favoriser une entente tenant compte de l'intérêt public¹²⁷. Ce rapport serait rendu public de manière à ce que le peuple soit mieux informé et, le cas échéant, qu'il se fasse entendre et mette de la pression sur les parties pour qu'elles en arrivent à une entente¹²⁸. Autant la médiation elle-même que le dépôt du rapport seraient donc susceptibles de favoriser une entente de principe conforme à l'intérêt public.

125. BARREAU DU QUÉBEC, préc., note 6.

126. De manière à respecter l'esprit de la proposition du Barreau, un médiateur serait désigné par les associations étudiantes nationales et l'autre le serait par le gouvernement. Ces deux médiateurs désigneraient ensuite un troisième médiateur.

127. *Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, préc., note 100, art. 47 al. 1.

128. *Id.*, art. 47 al. 2.

	Proposition du gouvernement	Possible demande de médiation	Fin de la médiation et dépôt du rapport
<u>Première convention</u>	30 janvier	2 mars	30 avril
<u>Conventions subséquentes</u>	90 ^e jour avant l'expiration de la convention	60 ^e jour avant l'expiration de la convention	Jour de l'expiration de la convention*

* Une clause de continuation pourrait prévoir l'application de la convention au-delà de sa date d'expiration (Art. 59 al. 3 du *Code du travail*). Cette clause serait utile, par exemple, dans le cas où aucune entente ne serait conclue. De plus, il faudrait éviter les votes en assemblées générales au cours de l'été. Advenant la conclusion d'une entente de principe entre les parties durant l'été, les votes en assemblées générales pourraient se tenir au mois de septembre suivant, et ce, afin de favoriser la participation d'un plus grand nombre d'étudiants aux débats et aux votes.

Une fois que les parties en seraient arrivées à une entente de principe, plusieurs étapes importantes devraient être accomplies avant la conclusion finale de la convention collective.

4. La conclusion des conventions collectives

L'entente de principe nationale conclue entre les trois parties devrait être transmise aux associations étudiantes locales pour qu'elles se prononcent sur son contenu dans les 15 jours suivants. Chacune des associations étudiantes locales devrait procéder à un vote au scrutin secret après délibérations en assemblée générale¹²⁹.

129. À ce sujet, nous nous inspirons de l'article 20.3 du *Code du travail*, de la recommandation du *Rapport de la Commission spéciale d'examen des événements du printemps 2012*, préc., note 1, p. 134 et de la pratique révélée suite aux négociations réalisées en avril 2012 : M. JEAN, préc., note 5, p. 432 et A. ROBITAILLE, préc., note 23. À noter que comme du côté patronal le processus d'autorisation de la signature est peu encadré par le

Pour le calcul du vote, deux scénarios seraient possibles. En vertu du premier scénario, la signature de l'entente serait autorisée lorsque plus de 50 % de l'ensemble des étudiants membres d'associations locales accréditées ayant voté l'auraient approuvée en assemblée générale. En vertu du second, elle le serait lorsque plus de 50 % des associations locales ayant voté l'auraient approuvé. Le premier scénario nous semble plus démocratique et respectueux de la liberté individuelle, car chaque vote individuel compterait, même celui d'un étudiant favorable à une hausse des frais de scolarité qui est membre d'une association favorable à la gratuité. Le deuxième scénario serait toutefois plus conforme au principe du monopole de représentation de chaque association. Une façon de concilier partiellement les deux scénarios serait d'accorder aux différentes associations un nombre de voix correspondant à leurs nombres de membres et de conditionner l'approbation de l'entente à une majorité de plus de 50 % des voix de l'ensemble des associations ayant voté. Dans un scénario comme dans l'autre, conformément au respect de la liberté d'expression individuelle nécessaire pour que les associations étudiantes soient « elles-mêmes des républiques » et des écoles de démocratie, la loi pourrait prévoir que le vote soit précédé d'une période de délibérations publiques où le temps de parole serait réparti équitablement entre les partisans et les opposants à l'entente.

C'est donc dire que l'ensemble des étudiants, et non pas leurs seuls représentants, auraient un grand pouvoir, puisqu'ils participeraient au processus en amont, avec l'élection de leurs représentants et les référendums d'affiliation ou de désaffiliation, et en aval, avec leurs délibérations et leurs votes sur le ou les entente(s) de principe soumise(s) au vote.

Car, évidemment, si la majorité n'est pas atteinte lors d'un vote, les parties devraient retourner négocier et tenter d'arriver à

droit du travail, nous ne précisons rien en ce qui concerne l'autorisation des signatures du côté du gouvernement et des établissements d'enseignement. Mais ultimement, puisqu'elle aurait des impacts budgétaires, l'entente conclue devrait être approuvée par l'Assemblée nationale qui veillerait à ce qu'elle soit conforme à l'intérêt public.

une autre entente de principe. Cependant, plus les négociations traîneraient en longueur, plus l'Assemblée nationale risquerait d'adopter une loi imposant les termes d'une « entente ». En théorie, en raison du principe de la souveraineté du Parlement, une telle loi pourrait être adoptée à tout moment. Dans les faits, il serait absurde que l'Assemblée nationale se dote d'une loi prévoyant une négociation pour ensuite ne pas en respecter l'esprit. Un peu comme dans le cas des négociations avec les employés du secteur public, le plus probable est que l'adoption d'une telle loi ne puisse survenir qu'après plusieurs mois de négociations et, surtout, que très souvent elle ne survienne pas puisqu'une entente serait conclue.

Dans l'hypothèse d'une entente de principe conclue le 1^{er} avril, le calendrier ressemblerait à ceci :

	Entente de principe	Fin des votes en AG	Signature de la convention
<u>Première convention</u>	1 ^{er} avril	16 avril	Après le 16 avril
<u>Conventions subséquentes</u>	30 ^e jour avant l'expiration de la convention	15 ^e jour avant l'expiration de la convention	Après le 15 ^e jour avant l'expiration de la convention

Comme une fois signée, la convention nationale lierait l'ensemble des étudiants, toutes les associations étudiantes locales accréditées, même celles qui ne sont pas représentées à la table de négociation, participeraient au processus d'autorisation de la signature. Cela semble d'autant plus important que cette convention devrait être applicable pour plusieurs années.

En ce qui concerne la négociation locale, il suffirait que l'association étudiante concernée approuve l'entente de principe locale en assemblée générale.

La durée d'une convention nationale, comme celle d'une convention locale, pourrait varier en fonction de la volonté des parties.

5. La durée des conventions collectives

En droit du travail, la durée d'une convention collective ne peut être inférieure à un an ni, lorsqu'il s'agit de la première, supérieure à trois ans¹³⁰. Cette durée pourrait être différente pour s'adapter au contexte de l'enseignement supérieur. Étant donné qu'il s'agirait d'un processus de négociation complexe nécessitant beaucoup de temps et de ressources humaines, il faut que la durée de la convention soit suffisamment longue. D'un autre côté, il convient que la durée soit assez courte pour que les parties soient en mesure de s'ajuster à la conjoncture qui peut s'avérer changeante. Une amélioration ou une détérioration de l'état des finances publiques pourrait amener le gouvernement à proposer une baisse ou une hausse des droits de scolarité ou encore des investissements ou des compressions dans l'aide financière aux études. Une évolution du marché du travail qui affecte les revenus des étudiants pourrait inciter les associations étudiantes à souhaiter un ajustement au niveau des frais de scolarité ou du régime des prêts et bourses. Une durée de cinq ans pour la première convention collective pourrait donc être opportune. Cette durée correspond à celle des études d'un étudiant typique qui complète une formation collégiale de deux ans suivie d'un baccalauréat de trois ans. C'est donc dire que cet étudiant typique serait assuré de participer au processus de négociation. Cela dit, afin de ne pas trop contraindre les parties à l'avance, il conviendrait sans doute de s'inspirer du droit du travail en fixant une limite inférieure et, seulement pour la première convention, une limite supérieure. Une règle semblable s'appliquerait à la convention collective locale.

Une durée relativement longue serait d'autant plus justifiée que, dans une optique républicaine valorisant les conflits potentiellement bénéfiques, les périodes de négociations pourraient

130. C.t., art. 65 et 111.1.

être des occasions de grèves étudiantes. En effet, dans l'hypothèse où l'encadrement de la grève s'accompagnerait de l'obligation pour les parties de négocier une convention, une grève officiellement légale et encadrée ne pourrait porter que sur le contenu d'une convention. Et une telle grève ayant un objet lié à la convention nationale ne pourrait être déclarée qu'à l'expiration de cette dernière, tout comme une telle grève liée à un enjeu couvert par une convention locale ne pourrait être déclarée qu'à l'expiration de cette convention¹³¹.

En ce qui concerne les grèves qui auraient pour objet des sujets autres que ceux visés par les conventions, il y aurait alors trois possibilités. Une première possibilité serait de prévoir que ces grèves sont illégales en tout temps. Mais cela serait contraire à l'esprit de la *L.a.f.a.e.* qui, lorsqu'elle énumère des sujets pour lesquels les associations représentent les étudiants, emploie le vocable « *notamment* » avant de procéder à l'énumération¹³². Une deuxième possibilité serait de laisser ces grèves sans encadrement, comme elles le sont dans l'état actuel du droit. Elles seraient alors sans doute considérées illégales par les tribunaux. Une troisième possibilité serait de rendre la légalité de ces grèves conditionnelle au respect des certaines règles procédurales.

B. Vers un encadrement procédural de la grève étudiante

Une autre réforme possible consiste à s'inspirer des règles mises en place pour encadrer les grèves en milieu de travail, mais sans importer le mécanisme des conventions collectives. Le législateur pourrait ainsi s'assurer que certaines balises procédurales soient respectées.

Il existe plusieurs modalités envisageables pour encadrer la grève étudiante. Il faut se demander si la grève officiellement légale et encadrée devrait être précédée d'un avis. Bien sûr, elle devrait être autorisée par un vote préalable des étudiants, cette condition

131. C.t., art. 52, 52.1 et 58.

132. *L.a.f.a.e.*, art. 3.

étant fondamentale. Enfin, des sanctions pourraient être imposées en cas d'infraction aux règles prévues par la loi en matière de grève.

1. La période et les raisons pour déclarer une grève

Une association étudiante peut exister sans être accréditée. Toutefois, si l'on souhaite s'inspirer du droit du travail, une grève légale ne pourrait être déclarée que par une association étudiante locale qui a d'abord été accréditée au sens de la *L.a.f.a.e.*¹³³.

Un syndicat accrédité d'un service public peut déclarer une grève que s'il a donné un avis préalable d'au moins 7 jours au ministre et à l'employeur¹³⁴. Souvent, les associations étudiantes donnent un préavis de 5 jours à l'établissement d'enseignement avant la tenue d'un vote de grève¹³⁵. En s'inspirant de cette règle et de cette pratique, l'acquisition du droit de grève par une association étudiante pourrait avoir lieu qu'après la transmission d'un avis au ministre de l'Enseignement supérieur et à l'établissement d'enseignement 7 jours avant la déclaration de la grève.

Dans l'hypothèse où l'encadrement du droit de grève se ferait sans que des processus de négociation soient prévus en vue de la conclusion de conventions collectives, une grève étudiante légale pourrait être déclarée à tout moment et pour toute raison, pourvu qu'il y ait un vote de grève.

La grève dans le milieu collégial est toutefois sujette à une restriction qui n'existe pas au niveau universitaire. Les établissements d'enseignement collégial doivent organiser deux sessions d'au moins 82 jours chacune¹³⁶. Cela limite la durée d'une grève à quelques semaines. Puisqu'il serait illogique qu'une grève

133. Voir : C.t., art. 106.

134. Voir : C.t., art. 111.0.23.

135. Voir par exemple l'entente mentionnée dans *Michaudville c. Cégep de St-Laurent*, préc., note 8.

136. *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, RLRQ, c. C-29, art. 18 et *Règlement sur le régime des études collégiales*, RLRQ, c. C-29, r. 4, art. 18.

nationale puisse avoir une durée différente selon le niveau d'enseignement, il faudrait modifier l'article 18 du règlement qui prévoit cette obligation, par exemple pour prévoir qu'elle ne s'applique pas en cas de vote de grève.

2. Le vote de grève

Tous les étudiants représentés par l'association étudiante devraient pouvoir se prononcer lors du vote¹³⁷. Pour que celui-ci soit valide, son objet, soit la déclaration d'une grève, devrait être clairement indiqué aux étudiants¹³⁸. De plus, 48 heures à l'avance l'association étudiante devrait informer de la tenue du scrutin tous les étudiants qui auront le droit de voter¹³⁹. Les établissements d'enseignement pourraient quant à eux avoir l'obligation de faciliter la tenue des votes de grève, par exemple, en aménageant les horaires des étudiants¹⁴⁰. Comme pour le vote sur une entente de principe dans une optique républicaine, la loi pourrait prévoir que le vote de grève soit précédé d'une période de délibérations publiques où le temps de parole serait réparti équitablement entre les partisans et les opposants à la grève.

Lors du printemps 2012, plusieurs critiques ont été formulées par rapport aux votes à main levée. Pourtant, comme les associations étudiantes sont constituées en vertu de la *Loi sur les compagnies*¹⁴¹ et que cette loi n'exige pas un vote secret, cette façon de faire était tout à fait légale. Cela dit, très souvent les votes se tenaient au scrutin secret. Comme la tenue d'un vote par scrutin secret ne ferait qu'accroître la légitimité de celui-ci et répandre une pratique déjà très répandue, et que c'est la règle qui prévaut en droit du travail¹⁴², une obligation à cet effet pourrait être prévue, même

137. C.t., art. 20.2 al. 1.

138. N. DI IORIO, préc., note 119, p. 190. Voir aussi Noël c. *Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1989] R.J.Q. 1233 (C.S.).

139. C.t., art. 20.2 al. 2.

140. Voir : C.t., art. 38.

141. *Loi sur les compagnies*, RLRQ, c. C-38. À ce sujet, voir les articles 10.1 et 10.2 de la *L.a.f.a.e.*

142. C.t., art. 20.2 al. 1.

s'il s'agit là d'une exigence extraordinaire qui n'est pas imposée aux assemblées d'actionnaires. Une telle obligation aurait aussi l'avantage de mieux protéger le droit individuel de l'étudiant qui souhaite s'opposer à la grève sans être identifié comme tel.

La majorité requise pourrait être la majorité des voix exprimées, comme c'est le cas en droit du travail¹⁴³. Mais l'association étudiante pourrait établir dans ses statuts des exigences supérieures à celles établies dans la loi¹⁴⁴.

Le comité d'accréditation et de surveillance des négociations pourrait entendre les contestations des votes. Cet organisme pourrait également être responsable des sanctions, le cas échéant.

3. Les sanctions

La *L.a.f.a.e.* ne contient présentement aucune sanction. Cette question avait d'ailleurs été discutée lors des débats parlementaires préalables à son adoption¹⁴⁵. Le ministre de l'Éducation de l'époque, Camille Laurin, avait souligné l'esprit de collaboration qu'instaurait la *L.a.f.a.e.* et son aspect non punitif¹⁴⁶. La possibilité de ne prévoir aucune sanction ne doit donc pas être rejetée d'emblée. Il importe toutefois d'étudier la possibilité d'assujettir les associations étudiantes à des sanctions en cas de non-respect des modalités encadrant le droit de grève.

En droit du travail, « [l]e fait de ne pas observer les dispositions de l'article 20.2 C.T. pour le vote de grève ne donne ouverture qu'à un recours pénal et ne rend pas la grève illégale »¹⁴⁷.

143. *Id.*

144. C.t., art. 20.5.

145. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des Débats*, 4^e sess., 32^e légis., fascicule n° 39, 21 juin 1983, p. 2524.

146. *Id.* « [C]e projet de loi crée des obligations sans prévoir de sanctions. Nous avons fait le pari que cette loi serait utilisée davantage comme un instrument pédagogique, comme un instrument de conciliation pour faciliter la solution des différends. Cette loi se veut donc éducative et non punitive ».

147. Hélène OUMET, *Code du travail du Québec: Législation – Jurisprudence –*

Ainsi, une irrégularité dans le vote ne pourrait empêcher le recours à une grève légale. Les amendes, pour ceux qui font défaut de respecter les exigences de la loi notamment en matière de grève, varient entre 100 \$ et 500 \$ pour une première infraction¹⁴⁸. Deux modèles sont donc envisageables; un premier plus conforme à l'esprit de la *L.a.f.a.e.*, un second plus inspiré du droit du travail.

La première possibilité est de ne prévoir aucune sanction. Dans ce cas, la grève ne serait pas officiellement reconnue comme étant légale si les procédures entourant le vote ou d'autres exigences de la loi liées à la grève ne sont pas respectées.

La deuxième possibilité est d'instaurer des sanctions. Ainsi, si les règles de procédures entourant le vote de grève ou d'autres exigences de la loi liées à la grève ne sont pas respectées, la grève serait officiellement légale et donc à l'abri des injonctions, mais les associations étudiantes qui auraient commis une infraction seraient sujettes à des recours pénaux et donc à des amendes inspirées de celles qui existent en droit du travail. Dans ce scénario, des sanctions sont également à prévoir pour le gouvernement et les établissements d'enseignement qui ne respecteraient pas l'exercice du droit de grève, par exemple en continuant à dispenser des cours destinés à des étudiants en grève.

La commission d'accréditation et de surveillance des négociations pourrait être responsable de l'imposition de ces sanctions. Elle pourrait aussi avoir un rôle à jouer en matière de services essentiels.

4. Les services essentiels et les autres cas d'exception

Dans quelques très rares cas, par exemple dans l'éventualité d'une grève touchant une Faculté de médecine, la question des services essentiels pourrait se poser. Dans cette éventualité, s'il est

Doctrine, 21^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2012, p. 350. Voir aussi *Syndicat des employées et employés des magasins Zellers d'Alma et de Chicoutimi (C.S.N.) c. Turcotte*, [2002] R.J.Q. 2288 (C.A.).

148. Voir : C.t., art. 144.

d'avis qu'une grève étudiante puisse avoir pour effet de mettre en danger la santé ou la sécurité publique, dans l'intérêt public le gouvernement pourrait ordonner par décret à une association étudiante de favoriser le maintien de services essentiels en cas de grève¹⁴⁹. Cela obligerait cette association et l'établissement d'enseignement touché à négocier une entente concernant les services essentiels¹⁵⁰. Cette entente devrait être transmise à la commission d'accréditation et de surveillance des négociations. À défaut d'une entente entre les parties, l'association étudiante établirait seule une liste de ces services et la transmettrait à l'établissement d'enseignement ainsi qu'à la commission¹⁵¹. Par la suite, il reviendrait à la commission de s'assurer de la suffisance des services essentiels¹⁵², et ce, dans l'intérêt public.

Pour certains autres cas exceptionnels, tel celui d'un étudiant qui risquerait très certainement de perdre un prestigieux stage en cas de grève, l'association étudiante et l'établissement d'enseignement pourraient conclure une entente permettant à un étudiant de compléter ses cours malgré la grève¹⁵³. Si aucun service essentiel n'est en cause, cela se ferait sans intervention de la commission d'accréditation et de surveillance des négociations, comme cela se fait à l'heure actuelle lorsqu'une association étudiante et un établissement d'enseignement signent un protocole d'entente suivant un vote de grève, notamment afin de prévoir une série de modalités entourant la prestation d'autres services offerts par l'établissement¹⁵⁴.

149. C.t., art. 111.0.17 al. 1.

150. C.t., art. 111.0.18 al. 1.

151. C.t., art. 111.0.18 al. 3.

152. C.t., art. 111.0.19 al. 1.

153. C.t., art. 109.1 al. 1c)(i). À noter que cette idée a été proposée à l'origine par le professeur Finn Makela.

154. Pour des exemples de protocoles, voir: Protocole d'entente en cas de grève et de piquetage étudiant entre le Collège de Bois-de-Boulogne et l'Association générale des étudiants de Bois-de-Boulogne, 7 mars 2012; Protocole d'entente entre Collège de Maisonneuve et Société générale des étudiantes et étudiants du collège de Maisonneuve, 22 février 2012; Protocole d'entente entre l'AÉCS et la direction du Cégep de Sherbrooke en vue d'une grève étudiante à compter du 23 avril 2012 jusqu'au 27 avril 2012. Pour une entente prévoyant que des formations en soins infirmiers

Conclusion de la partie II

Notre objectif était d'exposer des solutions qui permettraient de sortir de l'impasse créée par les décisions judiciaires du printemps 2012 et du printemps 2015. Une priorité a été accordée aux solutions proches de ce qui existe déjà en droit québécois et les réformes proposées visent à combler des silences de la *L.a.f.a.e.* plutôt qu'à modifier ce qu'elle prévoit déjà. Les dispositions législatives de ces réformes pourraient donc s'intégrer à la *L.a.f.a.e.* qui constitue l'instrument principal régissant les associations étudiantes et qui repose déjà sur des principes provenant du droit du travail. Une grève déclarée à l'intérieur d'un cadre législatif formel serait très difficilement attaquable judiciairement et le caractère participatif de la démocratie étudiante n'en serait que renforcé.

Nous sommes conscients que le processus de négociation exposé serait passablement lourd. C'est pourquoi nous suggérons aussi un autre scénario, plus réaliste, celui d'un droit de grève encadré législativement même en l'absence d'un droit de négociation officiellement consacré. Et même là, nous ne prétendons pas que les solutions présentées soient parfaites et applicables immédiatement. Notre objectif est beaucoup plus modeste, il s'agit de démontrer qu'il existe des moyens envisageables pour faire en sorte que le prochain conflit étudiant soit réglé de manière politique et pacifique.

Conclusion générale

À notre avis, la reconnaissance législative d'un droit de négociation et de grève étudiant, et dans une moindre mesure d'un droit de grève seul, serait une solution conforme à diverses idées proprement républicaines. En effet, cette reconnaissance engendrerait une participation à des processus démocratiques *a priori* conformes à l'intérêt public, institutionnaliserait par une loi

seront offertes malgré la grève, voir: *Michaudville c. Cégep de St-Laurent*, préc., note 8.

des conflits de manière à ce qu'ils soient pacifiques et potentiellement bénéfiques, augmenterait la capacité d'agir du mouvement étudiant et du mouvement social qu'il peut incarner comme contrepoids face au gouvernement, en plus de valoriser les associations étudiantes, la solidarité, l'éducation et le caractère distinct du Québec. Quant à l'aspect davantage relatif à l'encadrement du droit de négociation et de grève, notamment avec l'exigence des votes secrets, il serait particulièrement adéquat eu égard à l'impératif de concilier droits collectifs et droits individuels.

Toutefois, il est vrai que cette reconnaissance déboucherait sur un processus plutôt lourd, surtout dans l'hypothèse d'un droit de grève accompagné d'un droit de négociation officiellement reconnu et encadré. Le *statu quo* est-il préférable pour autant? Rien n'est moins sûr, puisque ce *statu quo* signifie une forte probabilité que la prochaine grève étudiante de grande envergure soit rapidement l'objet d'injonctions risquant d'engendrer des tensions, voire de la violence. Et il résulterait de cette éventualité que le mouvement étudiant pourrait perdre un de ses principaux moyens de défendre la cause de l'accès à l'éducation et du financement public de l'enseignement supérieur. C'est donc un des principaux mouvements sociaux de la société civile québécoise, un de ceux s'étant montré capable de faire contrepoids au gouvernement, qui serait affaibli. La reconnaissance législative d'un droit de négociation et de grève étudiant aurait pour résultat de créer un processus lourd, mais dans une optique républicaine cela serait sans doute préférable à une autorégulation ou une absence de processus laissant la porte ouverte à de possibles abus des associations, du gouvernement ou des tribunaux, notamment sous forme d'injonctions. L'idéal serait sans doute un processus présentant les avantages liés aux idées républicaines mentionnés dans la première partie, mais sans la lourdeur du processus inspiré des négociations patronales-syndicales que la deuxième partie a exposé. À cet égard, une piste à explorer consisterait à voir comment un processus comme celui du sommet sur l'enseignement supérieur, qui en 2013 a conclu la crise, pourrait être formalisé et amélioré, par exemple, en prévoyant un haut degré de consentement des associations étudiantes et des garanties contre

les compressions draconiennes dans les années suivant un tel sommet.

Cela dit, peu importe la forme qu'elle pourrait prendre, notamment en raison du caractère minoritaire des courants républicains au Québec, il est loin d'être acquis qu'une reconnaissance législative du droit de grève et *a fortiori* du droit de négociation des étudiants verra le jour. Les courants monarcho-libéraux, anarcho-libertaires et conservateurs y semblent plutôt réfractaires. N'empêche, vu la proximité relative entre le républicanisme et le libéralisme de centre gauche¹⁵⁵, il n'est pas utopique de penser qu'un jour les courants républicains et libéraux de centre gauche puissent se rejoindre pour imaginer un processus allégé et réaliser une telle réforme... Un peu comme ils l'ont fait lors de la reconnaissance du droit de négociation et de grève des employés du secteur public. Cela semble improbable à court terme, mais il suffirait que le Québec se mette en marche comme à l'époque de la Révolution tranquille; ce qui apparaît à la fois loin d'être évident et loin d'être impossible.

155. Sur la proximité entre le républicanisme et le libéralisme de centre-gauche, voir : Philip PETTIT, *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, Paris, Gallimard, 2004, p. 27.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DROIT ET SURNATUREL

Auteur(s) : Édith GUILHERMONT

Revue : *RDUS*, 2015, volume 45, numéro 1-2

Pages : 355-365

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10146>

Page vide laissée intentionnellement.

DROIT ET SURNATUREL *

par Édith GUILHERMONT**

Droit et surnaturel : l'appariement est, à notre connaissance, inédit dans les travaux juridiques francophones. Il s'agit du thème d'un colloque qui s'est tenu à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence le 27 septembre 2013 et qui a donné lieu à la publication de l'ouvrage éponyme que l'on souhaite présenter ici.

Ce colloque aux ambitions scientifiques très sérieuses, en dépit d'un thème peu académique, avait pour objectif d'explorer les relations, aussi surprenantes, inattendues qu'improbables, qui peuvent unir le droit au surnaturel. Bien que l'ouvrage porte en grande partie sur le droit français, il mérite d'être offert à la curiosité mais aussi à la sagacité des juristes québécois. Après en avoir présenté le contenu, nous aimerions donc attirer l'attention du lecteur aussi bien sur l'intérêt de l'ouvrage que sur celui de la démarche qui a présidé à sa rédaction.

Présentation de l'ouvrage : L'ouvrage présente les contributions au colloque en quatre parties, aux titres très évocateurs, rappelant plusieurs des éléments que l'on fait volontiers entrer dans la composition du surnaturel:

I. Anges, démons et revenants

Exorcisme et droit

Surnaturel et droit des contrats

II. Sorciers et gourous

Droit pénal et surnaturel

La place de l'occultisme en droit des personnes et de la famille à propos du spiritisme, des poupées vaudous et de la superstition

Croire et faire croire questions de responsabilités civiles

*. Jean-Christophe RODA (dir.), *Droit et surnaturel*, Paris, L.G.D.J., Collection Grands colloques, 2015, 162 p.

**. Docteure en droit, enseignante-chercheure, Université de Sherbrooke.

III. **Magie, nombres et symboles**

Enchantements et (dés)illusions : la magie et la propriété intellectuelle

Numérologie et symbologie dans le code de procédure civile

IV. **Croyances d'ailleurs**

Trois siècles après Salem... Droit et sorcellerie aux États-Unis

Droit, fétichisme et sorcellerie en Afrique

Contenu- Le sommaire de l'ouvrage témoigne à lui seul de la richesse des contributions qui, chacune à leur manière, ont tenté d'appréhender les manifestations variées du surnaturel dans la mise en œuvre des règles de droit français, mais aussi parfois étranger.

Les auteurs, comme l'initiateur du colloque les y invitait, ont donc cherché dans leur domaine de spécialité (droit des obligations, droit de la famille, droit pénal, procédure civile, etc.) tout ce qui pourrait, dans les règles comme dans leur interprétation ou même leur présentation, être rangé dans cette catégorie englobante qu'est le surnaturel. L'exercice est méritoire car il exigeait que l'on scrute d'un œil tout à fait nouveau et singulier un corps de règles pourtant familier, en conservant à l'esprit que peut-être, des manifestations du surnaturel pourraient y être rencontrées!

Cet exercice, qui semble parfois ne pas avoir été de tout repos, a souvent conduit les auteurs à dénicher des exemples jurisprudentiels permettant d'identifier, en même temps que d'illustrer, ces rapports entre droit et surnaturel. Deux dimensions de cette relation ont été essentiellement explorées : tout d'abord, bien sûr, la manière dont le droit appréhende, encadre, sanctionne ou ignore le surnaturel lorsqu'il est confronté à l'une de ses manifestations; ensuite, il s'est parfois agi de tenter de déceler la part de surnaturel que contiendrait le droit positif moderne. L'exploration de cette seconde dimension des rapports entre droit et surnaturel était beaucoup plus risquée et on ne cachera pas que

les auteurs qui s'y sont essayés ne réussissent pas toujours à convaincre du bien-fondé de cette quête¹.

Certaines contributions de cet ouvrage² illustrent de manière remarquable la capacité des juristes à raisonner sur des questions théoriques, hors de tout contentieux et de l'actualité juridique la plus brûlante, pour ne pas dire la plus pratique. Mais qu'on ne s'y trompe pas, il ne s'agit pas seulement de s'adonner aux plaisirs intellectuels que ces questionnements et la tentative d'y répondre peuvent procurer aux universitaires, il s'agit surtout pour la

-
1. Envisageant le droit comme sujet d'exorcisme, un participant croit pouvoir démontrer qu'à certains égards « [l]e droit peut être possédé, il peut être exorciste, il peut être démon », mais l'exercice semble ici très artificiel au point de faire douter de son intérêt. V. Hervé LECUYER, « Éxorcisme et droit », dans Jean-Christophe RODA (dir.), *Droit et surnaturel*, Paris, L.G.D.J., Collection des Grands colloques, 2015, p.17. On saluera en revanche l'honnêteté intellectuelle d'un autre contributeur qui s'entoure de la plus grande prudence pour traiter de son sujet : la numérologie dans le Code de procédure civile. « Il serait surprenant que les inspireurs du Code de procédure civile, Henri Motulsky, Gérard Cornu et Jean Foyer, tous trois hommes de vaste culture, n'aient pas, ne serait-ce qu'inconsciemment, été influencés par la sacralité des nombres. Bien sûr, il ne s'agit pas de leur prêter des intentions numérologiques, mais plutôt de constater que, de manière diffuse, la symbolique des nombres éveille un certain nombre d'échos à travers l'édifice du Code de procédure civile. Du reste, les pères inspireurs du Code n'étant pas numérologues, il serait artificiel de chercher dans le Code exactement les significations symboliques que la tradition attache aux principaux nombres [...]. [...] l'honnêteté intellectuelle oblige à reconnaître que la pertinence de l'analyse numérologique du Code de procédure civile trouve à un moment ou à un autre sa limite. Par exemple, le triplement du chiffre 6 en 666, le nombre de la bête ou de l'antéchrist, ne menace guère l'article 666 du Code de procédure civile, qu'il est inutile de diaboliser s'agissant des mentions de la notification [...] ». V. Emmanuel PUTMAN, « Numérologie et symbologie dans le code de procédure civile », dans Jean-Christophe RODA (dir.), *Droit et surnaturel*, Paris, L.G.D.J., Collection des Grands colloques, 2015, p. 79-80.
 2. Voir en particulier Frédéric BUY et Marie LAMOUREUX, « Surnaturel et droit des contrats », dans Jean-Christophe RODA (dir.), *Droit et surnaturel*, Paris, L.G.D.J., Collection des Grands colloques, 2015, p. 19.

doctrine juridique d'assumer sa fonction prédictive³, c'est-à-dire d'anticiper des questions qui ne se sont pas encore ou peu posées mais, auxquelles on pourrait, demain, être confronté. En cela, ce colloque à la thématique « improbable », et l'ouvrage qui en communique les réflexions, s'inscrivent pleinement dans la démarche de recherche juridique prospective⁴, chère à la faculté de droit à laquelle appartiennent plusieurs des participants du colloque.

Finalement, ce qu'enseigne l'ouvrage à travers ces thèmes différents et complémentaires et ce que les contributeurs confirment, peut-être parfois à regret ou malgré eux, c'est que la rationalité du droit français a réussi à évacuer le surnaturel et qu'il ne donne pas souvent aux croyances l'occasion de produire les effets que revendiquent ceux qui en sont animés.

Une telle démarche présente un intérêt pour les juristes d'ici qui, à n'en pas douter, auraient de bonnes raisons de s'en inspirer pour scruter les droits québécois et canadien et déterminer dans quelle mesure ces systèmes juridiques écartent ou accueillent le surnaturel. Plus spécialement, c'est sous l'angle des croyances, de leurs manifestations dans le domaine du droit, que la démarche des juristes français nous paraît pouvoir être transposée avec le plus de profit. La quatrième et dernière partie de l'ouvrage consacrée aux « Croyances d'ailleurs » s'entend d'ailleurs comme une invite adressée aux juristes comparatistes à rechercher des exemples qui se feraient l'écho des cas français.

À l'instar de plusieurs textes de l'ouvrage, il n'est pas inutile de rappeler qu'avant de traduire le rationalisme moderne, le droit entretenait des liens avec le surnaturel que l'on pourrait qualifier de « naturels », sans même verser dans le jeu de mot facile, tant l'histoire du droit, et pas seulement celle du droit pénal, est

3. Nicolas MOLFESSIS, « Les prédictions doctrinales », dans *L'avenir du droit, mélanges en l'hommage de François Terré*, Paris, PUF, Dalloz et Juris-classeur, 1999, p. 145.

4. Cette Faculté édite la *Revue de la recherche juridique, droit prospectif* depuis presque 40 ans.

marquée par ces époques où le droit prenait résolument au sérieux certaines manifestations du surnaturel⁵. À cet égard, l'héritage romain qu'ont en commun les droits français et québécois ne débute-t-il pas avec le droit « magique » des pontifes romains? La loi salique, dont on propose encore (parfois) la lecture aux étudiants, ne nous enseigne-t-elle pas que, pour les francs la symbolique des cheveux longs (pouvoir et force) a conduit à sanctionner la coupe des cheveux d'un jeune enfant chevelu sans le consentement de ses parents? Le droit du moyen-âge s'accommodait fort bien du recours aux ordalies, qui apparaissaient alors comme un moyen de preuve fort appréciable pour atteindre la vérité dans le procès pénal. Enfin, « les procès en sorcellerie [qui] constituent certainement l'illustration la plus topique de la rencontre entre le droit et le surnaturel »⁶ ne témoignent-ils pas d'un encadrement juridique des chasses aux sorcières, tout comme finalement la procédure d'exorcisme est réglée par le code de droit canon⁷? Autres temps, autres mœurs, sera-t-on peut-être tenté de conclure. Et en effet, le droit reflétant les valeurs d'une société ainsi que l'état d'esprit qui y prédomine à une certaine époque, il a pu sans contradiction avec sa nature, flirter avec le surnaturel avant de devenir le système rationnel que l'on connaît aujourd'hui.

Pour autant, le surnaturel n'a pas disparu de nos sociétés, tant s'en faut, et la question très sérieuse qui traverse en définitive cet ouvrage est de savoir quels effets le droit laisse aujourd'hui produire aux croyances des uns et des autres, et l'on pense ici bien sûr aux croyances dans les manifestations du surnaturel. Il nous semble d'autant plus pertinent de se poser la question que la société canadienne, par nature multiculturelle, accueille des personnes ayant des appartenances ethniques très différentes dont certaines

-
5. À cet égard, un auteur a rappelé au terme du colloque que « [l]e droit est né du surnaturel dans toutes les civilisations de l'Antiquité », V. Rémy CABRILLAC, « Droit et surnaturel, propos conclusifs », dans Jean-Christophe RODA (dir.), *Droit et surnaturel*, Paris, L.G.D.J., Collection des Grands colloques, 2015, p.140.
 6. Jean-Christophe RODA, « Trois siècles après Salem...Droit et sorcellerie aux États-Unis », dans Jean-Christophe RODA (dir.), *Droit et surnaturel*, Paris, L.G.D.J., Collection des Grands colloques, 2015p. 89.
 7. Voir H. LECUYER, préc., note 1, p. 9.

croyances traditionnelles, comportent parfois une dimension surnaturelle. Si l'on souhaitait approfondir ce questionnement, les chemins balisés par l'ouvrage *Droit et surnaturel* pourraient être empruntés avec profit. Trois directions sont d'ores et déjà envisageables.

On pense tout d'abord au droit civil. Que dire, par exemple, de l'obligation faite au vendeur d'un immeuble d'informer l'acquéreur potentiel de la survenance d'un suicide ou de toute autre mort violente dans cette maison? Quel est le fondement de cette obligation? D'une obligation purement déontologique que les agents d'immeuble s'étaient imposée dans leur pratique professionnelle (au point de l'inscrire dans la *Loi sur le courtage immobilier* et d'en faire une question dans la fameuse déclaration du vendeur), celle-ci semble désormais à la charge de tout vendeur en vertu d'une décision récente de la Cour supérieure. Soyons clair : dans les rares demandes d'annulation de la vente au motif qu'une telle mort avait eu lieu dans la maison, le surnaturel n'a jamais été invoqué comme tel. À lire les décisions, on observe même une tendance des juges à vouloir absolument demeurer sur le terrain de la technique contractuelle en raisonnant sur le dol⁸ et sur la question de savoir si la survenance d'un suicide ou d'une mort violente dans l'immeuble était « susceptible, de façon significative, d'en diminuer la valeur ». Pourquoi en serait-il ainsi? En 2006, un juge de la Cour des petites créances estime ce qui suit :

[...] de tels éléments, dont l'importance dépend de la sensibilité, des phobies, des sentiments ou des appréhensions purement personnels et subjectifs qui ne sont pas en rapport avec la qualité de l'immeuble, [ne devraient pas] être objet de divulgation obligatoire.⁹

En 2013, en revanche, la Cour supérieure posant la même question apporte une autre réponse :

8. Voir *Knight c. Dionne*, 2006 QCCQ 1260, *Fortin c. Mercier*, 2013 QCCS 5890, *Girard c. Dufour*, 2015 QCCS 340.

9. *Knight c. Dionne*, préc., note 8, par. 51.

Le défendeur avait-il à déclarer aux demandeurs le double suicide s'étant produit immédiatement avant qu'il n'achète lui-même la résidence de la succession? Il faut répondre à cette question par l'affirmative. Subjectivement, il ne fait pas de doute que les demandeurs ont été, dès qu'ils ont su, fortement affectés par cette information.¹⁰

Le fondement de l'obligation de révéler n'est pas frontalement abordé, on évoque pudiquement la nature humaine, l'expérience des agents d'immeuble¹¹ et les phobies des acquéreurs (et non pas leurs croyances). Le surnaturel n'est cependant peut-être pas bien loin, si l'on considère que ce qui importe c'est de révéler non pas tout décès survenu dans la maison¹², mais toute mort violente ou suicide. Or, on sait que selon certaines croyances, ce sont les âmes de ces morts-là qui restent prisonnières des lieux, y errent, et empêchent ses habitants de s'y sentir bien, heureux et donc de jouir pleinement de leur propriété. Quoi qu'il en soit, les juges admettent volontiers que si l'obligation de révéler peut avoir des limites pour le vendeur, il en va autrement si l'acquéreur a clairement exprimé son besoin d'information dans le domaine, cherchant à se décider en toute connaissance de cause, ce qui laisse à ses croyances, en particulier dans le surnaturel, l'occasion de s'exprimer sur le terrain du droit contractuel...

Une toute autre direction à emprunter serait celle du droit de l'immigration. De la jurisprudence de la Cour Fédérale, on pourrait probablement tirer quelques enseignements relatifs à la place accordée au surnaturel dans le système juridique canadien. À titre d'exemple, on peut rapidement évoquer une décision intéressante rendue en 2007. Le juge de cette cour devait alors statuer sur une demande de contrôle judiciaire présentée par une Nigériane à qui la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) avait

10. *Fortin c. Mercier*, préc., note 8, par. 60.

11. Il serait très pertinent de les interroger sur cette expérience que l'on présume fort riche d'enseignements sur les attentes de leurs clients et par voie de conséquence sur leurs croyances.

12. *Girard c. Dufour*, préc., note 8.

répondu qu'elle ne pouvait bénéficier du statut de réfugiée et qu'elle n'était pas une personne à protéger. La demanderesse alléguait craindre sa belle-mère qui voulait l'exciser, son père qui voulait la forcer à participer à un grand rituel initiatique (Obitum) au cours duquel elle devra monter une haute colline, ainsi que « des puissances ou des êtres surnaturels ». Après avoir observé que le tribunal aurait pu statuer sur la demande sans répondre aux craintes surnaturelles, puisque par ailleurs l'identité de la demanderesse n'était pas suffisamment établie, le juge Martineau se prononce tout de même, à son tour, sur la crédibilité de ces allégations pour abonder dans le sens du tribunal qui refusait d'y accorder tout crédit. Or, à cet égard, le juge observe :

[...] je reconnais que la crainte d'une personne à l'égard de la magie ou de la sorcellerie peut être réelle sur le plan subjectif, mais objectivement parlant, l'État ne peut accorder une protection efficace contre la magie ou la sorcellerie, ni contre des puissances surnaturelles ou des êtres de l'au-delà.

Tout juriste s'accordera volontiers sur ce point, mais on ne peut manquer de souligner la bienveillance du juge à l'égard des allégations de surnaturel :

Il faut donc que la protection accordée par l'État à une personne soit à l'égard des agissements des membres d'une secte ou d'une tribu participant à de tels rituels où les puissances surnaturelles ou des êtres de l'au-delà sont invoqués ou peuvent se manifester.¹³

En réalité, dans cette affaire le défaut de crédibilité et le rejet de la demande tenaient moins à l'évocation du surnaturel qu'à d'autres considérations beaucoup plus pratiques.

Enfin, une troisième direction pourrait être suivie, avec l'assurance de faire de belles découvertes, qui consisterait à pointer

13. *Ajayi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] A.C.F. 806, par. 16.

vers les croyances ou traditions des peuples autochtones. Si *a priori* les exemples semblent être nombreux, on ne suggérera ici qu'une piste : celle qui expose le juge canadien au surnaturel à travers les récits oraux des autochtones¹⁴. Comme le met en évidence une récente étude, dans le contentieux relatif aux droits des peuples autochtones, les tribunaux canadiens sont amenés à apprécier des récits oraux comme mode de preuve de faits historiques, tel que l'occupation d'un territoire par exemple¹⁵.

Le jugement de la Cour suprême dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* revient sur l'ouverture d'esprit dont le juge canadien doit faire preuve dans l'appréciation des récits oraux pour prouver des faits relatifs à l'occupation de territoires par telle ou telle nation par exemple. Dans cette décision, la Cour suprême reproche au juge de la Cour suprême de la Colombie britannique d'avoir refusé d'admettre ces récits oraux ou de ne leur avoir accordé aucune valeur probante indépendante. Plus spécialement, il est reproché au juge d'avoir rejeté ces moyens de preuve aux motifs « qu'il était impossible de séparer facilement les aspects

14. Cette piste a été suggérée avec beaucoup de pertinence par le professeur Maxime St-Hilaire.

15. Marie HOUDE et Ghislain OTIS, « Les logiques de la rationalité judiciaire et le processus de la preuve dans le contentieux des droits des peuples autochtones : le cas des récits oraux », (2011) 41-1 R.G.D. 7, p. 7. Ces auteurs expliquent : « Puisque l'histoire écrite reflète plutôt la perspective non autochtone et que, pour « faire justice », le juge doit tenir compte de la nature orale, séculaire et culturelle de la preuve lors de l'examen des revendications autochtones, il doit, en conséquence, considérer les récits oraux puisque ces derniers reflètent le point de vue des Autochtones ou donnent des informations qui ne seraient pas accessibles autrement », p. 33.

S'agissant des récits oraux, V. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 1, p. 35 : « [...] la tradition historique autochtone est une tradition orale, c'est-à-dire que les légendes, histoires et récits mythiques sont transmis de vive voix aux générations subséquentes », et « la transmission orale des récits poursuit un objectif qui dépasse le rôle de l'histoire écrite dans les sociétés occidentales. Cet objectif consiste peut-être à renseigner l'auditeur, à communiquer certains aspects de la culture, à socialiser la population en lui donnant une tradition culturelle, ou encore à valider l'autorité et le prestige que revendique telle ou telle famille ».

mythologiques des aspects [TRADUCTION] « réels » de ces récits oraux, il a écarté l'adaawk et le kungax parce qu'ils n'étaient pas « littéralement vrais », qu'ils mélangeaient « les faits et les croyances », qu'ils « comportaient des éléments qui pourraient être qualifiés de mythologiques » et qu'ils évoquaient une « vision romanesque » de l'histoire des appelants »¹⁶. Or, insiste la Cour suprême dans cette affaire, il s'agit là de caractéristiques propres à tous les récits oraux, si bien qu'avec un tel raisonnement :

[...] la valeur des récits oraux des peuples autochtones serait constamment et systématiquement sous-estimée par le système juridique canadien, en contravention des instructions expresses à l'effet contraire qui ont été données dans l'arrêt *Van der Peet*.¹⁷

On observe que si la Cour suprême ne se montre pas expressément accueillante à la part de surnaturel que pourraient contenir ces récits oraux, implicitement elle nous semble lui faire la part belle dans la mesure où elle reproche au juge d'avoir écarté des récits dont il avait pour sa part largement souligné la dimension surnaturelle dans son jugement¹⁸.

16. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 97.

17. *Id.* par. 98.

18. Voir les motifs du Juge McEachern dans *Delgamuukw v. British Columbia*, 1991 CanLII 2372 (BC SC) : « This distinction between the authenticity of an adaawk and matters of folklore has not, so far as I can ascertain, been recognized or applied by any of the scientists who gave evidence at trial. The late Marius Barbeau, who was described as an excellent collector and historian of aboriginal culture, and whose work is highly regarded, has produced useful collections of adaawk and oral histories which include much "supernatural" material. [...]

In some of the Gitksan adaawk there are accounts of a supernatural event which is said to have occurred at Seeley Lake, which is on the highway side of the Skeena River a few kilometres down river from present day Hazelton, and about 2 kilometres from the river. This lake is across the Skeena from one of the suggested sites of the unproven ancestral Gitksan village of Temlaxam.

This event was described by the witness Mary Johnson during her evidence about the adaawk of her house. This is what Mrs. Johnson said at trial. [...]

En conclusion : *Droit et surnaturel* est un ouvrage surprenant, inspirant et d'une lecture d'autant plus agréable que les auteurs ont mêlé commentaires savants et humour. Ils témoignent ainsi sans doute du plaisir et de l'intérêt qu'ils ont éprouvés en se livrant à cet exercice pourtant « déroutant ». Mais on ne peut s'empêcher de penser que cet humour, s'il atteste de l'esprit dont ces juristes sont pourvus, trahit également un certain malaise face à un tel sujet, pour ne pas dire un tel défi : celui qui consiste à mettre à l'épreuve la rationalité du droit et par conséquent, aussi, le rationalisme des juristes qui l'étudient et le commentent. Aussi, en lançant une telle invitation, l'initiateur de ce colloque et de l'ouvrage qui en découle s'est-il délibérément et véritablement mué en avocat du diable! Ce dont le juriste doté d'un esprit ouvert et curieux lui saura particulièrement gré.

The plaintiffs say this adaawk describes a land slide actually experienced by Indian persons who have preserved it orally as part of their history. On this basis they ask me to infer that Gitksan persons have been in the area of Chicago Creek since at least the time of the slide.

The Medeck or supernatural portion of these adaawk is a matter of belief, or faith, rather than rational inference. That portion of the adaawk is not necessary for the purposes for which the adaawk is tendered in evidence. Assuming these adaawk describe a landslide, I believe it could be reasonable to regard them as confirmatory of other evidence of aboriginal presence in the area at that time. »